

Ausländerklauseln im Amateursport
– ausgewählte rechtliche Fragen unter
besonderer Berücksichtigung des
Freizügigkeitsabkommens Schweiz-EU –

Prof. Dr. Astrid Epiney, LL.M.

2008

Dieser Beitrag wurde erstmals wie folgt veröffentlicht:

***Astrid Epiney*, Ausländerklauseln im Amateursport – ausgewählte rechtliche Fragen unter besonderer Berücksichtigung des Freizügigkeitsabkommens Schweiz – EU, Freiburger Schriften zum Europarecht Nr. 5, 34 S., Freiburg 2008.**

INHALT

A.	Einleitung und Problemstellung	3
B.	Zur Bedeutung des Freizügigkeitsabkommens	4
I.	Zur Auslegung des Freizügigkeitsabkommens	5
1.	Zu den Auslegungsgrundsätzen im Völkerrecht	5
2.	Zu den für die Auslegung des Freizügigkeitsabkommens massgeblichen Grundsätzen	6
II.	Zur Vereinbarkeit ausgewählter „Ausländerklauseln“ mit Art. 2 FZA	10
1.	Ausgangspunkt: zur Reichweite der „Parallelität“ von Art. 2 FZA und Art. 12 EGV	10
2.	„Ausländerklauseln“ und Art. 2 FZA	12
a)	Stand der Rechtsprechung	13
aa)	EuGH	13
(1)	Zu im Zusammenhang mit der Dienstleistungsfreiheit stehenden Regelungen	
(2)	Zugang zum Universitätsstudium	
(3)	Zu im Zusammenhang mit dem rechtmässigen Aufenthalt eines Unionsbürgers stehenden Regelungen	
(4)	Fazit	
bb)	Bundesgericht	16
cc)	Ergebnis	18
b)	Zum Verstoss von „Ausländerklauseln“ im Amateursport gegen Art. 2 FZA	19
aa)	Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit	20
bb)	Besondere Bestimmungen	20
cc)	Berechtigte und Verpflichtete	20
dd)	„Bei der Anwendung des Abkommens gemäss den Anhängen I, II und III“	21
ee)	Rechtfertigung	23
C.	Zur Tragweite des Art. 8 BV – eine Skizze	24

D. Zusammenfassende Thesen und Schlussbetrachtung	25
I. Zusammenfassung	5
II. Schlussbetrachtung	5
Literatur	26
Abkürzungen	29

A. Einleitung und Problemstellung

Das Personenfreizügigkeitsabkommen zwischen der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten einerseits und der Schweiz andererseits (FZA)¹ verankert neben zahlreichen spezifischen Diskriminierungsverboten aus Gründen der Staatsangehörigkeit in Art. 2 FZA auch ein allgemeines Verbot der Diskriminierung in Anknüpfung an die Staatsangehörigkeit bei der Anwendung des Abkommens gemäss den Anhängen I, II und III FZA. Damit wird die Frage aufgeworfen, ob und inwieweit auch solche Diskriminierungen aus Gründen der Staatsangehörigkeit am Massstab dieser Bestimmung zu prüfen sind, die nicht (unmittelbar) die Wahrnehmung der sich aus dem Abkommen ergebenden Rechte, sondern andere Bereiche betreffen. Dieser Frage soll im Folgenden am Beispiel der Regelung der Wettkampfordnung für Leichtathletik des Schweizerischen Leichtathletik-Verbandes, wonach die Teilnahme von Ausländern an Wettkämpfen im Rahmen der Schweizer Meisterschaften (im Bereich des Amateursports) nicht oder nur beschränkt zulässig ist (es dürfen höchstens zwei ausländische Athleten pro Klub an diesen Wettkämpfen teilnehmen²), nachgegangen werden, dies insoweit, als es um in der Schweiz niedergelassene EU-Ausländer geht.

Neben der Prüfung der Vereinbarkeit dieser Regelung mit dem Freizügigkeitsabkommen (FZA) der Schweiz mit der EG und ihren Mitgliedstaaten (B.) soll noch kurz auf möglicherweise relevante Aspekte des Art. 8 BV hingewiesen werden (C.). Nicht erörtert werden hingegen (sonstige) Aspekte des schweizerischen Ausländerrechts, die im vorliegenden Zusammenhang von Bedeutung sein könnten, und im Übrigen wird die skizzierte Problemstellung lediglich für den Bereich des Amateursports behandelt. Die wesentlichen Ergebnisse der Untersuchung werden schliesslich in Thesenform zusammengefasst, an die sich eine kurze Schlussbetrachtung anschliesst (D.).

Die vorliegende Untersuchung³ geht auf ein Gutachten zurück, das die Verfasserin im Auftrag von Swiss Athletics erstellte, dies anlässlich eines Rechtsstreits, in dem es u.a. um die hier erörterten Fragen ging. Inhaltlich handelte es sich aber um ein unabhängiges Gutachten: Die Verfasserin wurde ausdrücklich nicht auf eine vorgefasste Ansicht oder ein vorgegebenes Ergebnis verpflichtet, sondern um eine unabhängige Klärung der sich stellenden Fragen gebeten. Inzwischen ist der erwähnte Rechtsstreit im Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes einer Klärung zugeführt worden, wobei das zuständige Gericht (Gerichtskreis VIII Bern-Laupen, Gerichtspräsidentin 2) in weiten Teilen der in dieser Untersuchung dargelegten Ansicht folgte.⁴

¹ Abkommen zwischen der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten einerseits und der Schweizerischen Eidgenossenschaft andererseits über die Freizügigkeit, BBl 1999, 7027 ff.; ABl 2002 L 114, 6 ff.

² Vgl. Nr. 7 des Reglements der Schweizer Vereinsmeisterschaft für Leichtathletik 2007, hrsg. Vom Schweizerischen Leichtathletik-Verband.

³ Wobei Teile derselben (insbesondere bei den allgemeinen Ausführungen unter B.) auf bereits durchgeführten Untersuchungen der Verfasserin beruhen, vgl. insbesondere *Epiney*, ZBJV 2005, 1 ff.; *Epiney*, Jahrbuch für Migrationsrecht 2004/2005, 45 ff.

⁴ Vgl. Gerichtskreis VIII Bern-Laupen, Gerichtspräsidentin 2, Entscheid in Sachen CEP Cortaillod / Swiss Athletics betreffend einstweilige Verfügung, Urt. v. 13.6.2008. Hierzu die Anmerkung von *Epiney*, AJP 2008 (im Erscheinen).

B. Zur Bedeutung des Freizügigkeitsabkommens

Die eingangs (A.) erwähnte Regelung führt dazu, dass Ausländer nicht oder nur beschränkt für „ihren“ Verein an den Schweizer Meisterschaften teilnehmen können. Da diese Wettkämpfe ausschliesslich vom Leichtathletik-Verband organisiert werden, wird auf diese Weise den betroffenen Athleten (teilweise) die Möglichkeit genommen, sich an derartigen Wettkämpfen zu beteiligen. Ein in der Schweiz niedergelassener Ausländer kann sich daher nicht unter den gleichen Bedingungen einem Amateursport widmen wie ein Schweizer; da Wettkämpfe integraler Bestandteil der Leichtathletik sind, wird die Ausübung dieser Sports somit für Ausländer erheblich weniger attraktiv, ist ihnen doch die Möglichkeit genommen, an derartigen Wettkämpfen teilzunehmen bzw. diese Teilnahme ist nur unter erschwerten Bedingungen möglich. Damit wird den Betroffenen eine attraktive Möglichkeit der Freizeitgestaltung genommen. Vor diesem Hintergrund könnte diese Regelung gegen Art. 2 FZA verstossen.

Art. 2 FZA

„Die Staatsangehörigen einer Vertragspartei, die sich rechtmässig im Hoheitsgebiet einer anderen Vertragspartei aufhalten, werden bei der Anwendung dieses Abkommens gemäss den Anhängen I, II und III nicht auf Grund ihrer Staatsangehörigkeit diskriminiert.“

Eine Einschlägigkeit anderer im Abkommen gewährleisteter Rechte kommt nicht in Betracht, da im vorliegenden Rahmen eine Beschränkung auf den Amateursport erfolgt; die Anwendung der Bestimmungen des Freizügigkeitsabkommens über die Dienstleistungsfreiheit und über die Arbeitnehmerfreizügigkeit sind aber von vornherein nur unter der Voraussetzung einschlägig, dass eine wirtschaftliche Tätigkeit – die ein Entgelt impliziert – vorliegt, was im Rahmen des Amateursports gerade nicht der Fall ist.

Die Situation wäre insoweit anders zu beurteilen, falls es um Ausländer ginge, die gegen Entgelt für einen Verein an einem Wettkampf teilnehmen.⁵

Die Frage, ob und inwieweit Art. 2 FZA den hier erörterten „Ausländerklauseln“ entgegensteht, ist vor dem Hintergrund der für die Auslegung des Abkommens und damit auch dieser Bestimmung massgeblichen Auslegungsgrundsätze (I.) zu sehen, eine Problematik, die insbesondere auch unter dem Gesichtspunkt einer „parallelen“ Auslegung gewisser abkommensrechtlicher Bestimmungen mit den entsprechenden

⁵ Diesfalls handelte es sich um die Ausübung einer wirtschaftlichen Tätigkeit, so dass sich die betroffenen Personen auf die Dienstleistungsfreiheit oder die Arbeitnehmerfreizügigkeit berufen könnten, die auch im FZA gewährleistet sind. Vgl. hierzu in Bezug auf die Rechtslage in der EU EuGH, Rs. C-415/93 (Bosman), Slg. 1995, I-4921; EuGH, verb. Rs. C-51/96 und 191/97 (Deliège), Slg. 2000, I-2549; EuGH, Rs. C-176/96 (Lehtonen), Slg. 2000, I-2681; s. auch die entsprechende Auslegung der Diskriminierungsverbote in den Assoziierungs- bzw. Partnerschaftsabkommen mit der Slowakei und Russland in EuGH, Rs. C-438/00 (Kolpak), Slg. 2003, I-4135; EuGH, Rs. C-265/03 (Simutenkov), Slg. 2005, I-2579; aus der schweizerischen Praxis Appellationshof des Kantons Bern, II. Zivilkammer, Entscheid vom 15.11.2003, Basel Magic/Unihockey-Verband (SUHV), Nr. S-0395/II/03. Aus der Literatur *Dubey, Libre circulation, passim; Martenet/Boillet, SJER 2007/2008, 311 ff.*

Bestimmungen des EG-Vertrages zu analysieren ist, da Art. 2 FZA offensichtlich Art. 12 Abs. 1 EGV nachgebildet ist.

Art. 12 Abs. 1 EGV

„Unbeschadet besonderer Bestimmungen dieses Vertrags ist in seinem Anwendungsbereich jede Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit verboten.“

Ausgehend von diesen Grundsätzen kann sodann die konkrete Frage nach der Vereinbarkeit der hier relevanten Ausländerklauseln mit Art. 2 FZA beantwortet werden (II.).

Dabei ist bereits an dieser Stelle⁶ klarzustellen, dass es bislang zur Frage der Vereinbarkeit solcher „Ausländerklauseln“ wie die hier in Frage stehende keine eindeutige Festlegung in der Rechtsprechung gibt, weder in derjenigen des EuGH (in Bezug auf Art. 12 EGV) noch in derjenigen des Bundesgerichts (in Bezug auf Art. 2 FZA).

I. Zur Auslegung des Freizügigkeitsabkommens

Das am 21. Juni 1999 als eines von sieben sog. sektoriellen Abkommen unterzeichnete und am 1. Juni 2002⁷ in Kraft getretene Freizügigkeitsabkommen (FZA)⁸ bezweckt die Einführung der Personenfreizügigkeit zwischen der Schweiz und der EG.⁹ Inhaltlich lehnt sich das Abkommen dabei eng an die primär- und sekundärrechtlichen Grundsätze des europäischen Gemeinschaftsrechts¹⁰ an und übernimmt diese in weiten Teilen. Weiter geht die Zielsetzung des Abkommens auch und gerade dahin, eine der Rechtslage in der Union parallele Garantie der Freizügigkeit zu verwirklichen.

Vor diesem Hintergrund sind denn auch die bei der Auslegung des Abkommens relevanten Grundsätze zu sehen (2.), die auf der Grundlage der hier massgeblichen völkerrechtlichen Auslegungsgrundsätze (1.) entwickelt werden können.

⁶ Vgl. noch unten B.II.2.a).

⁷ Mit den übrigen sechs Abkommen, die die Bereiche Forschung, technische Handelshemmnisse, landwirtschaftliche Produkte, Landverkehr, Luftverkehr und öffentliches Auftragswesen betreffen. Für die Texte aller Abkommen siehe BBl 1999, 6489 ff.; ABi 2002 L 114, 1 ff.

⁸ Abkommen zwischen der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten einerseits und der Schweizerischen Eidgenossenschaft andererseits über die Freizügigkeit, BBl 1999, 7027 ff.; ABi 2002 L 114, 6 ff. Vgl. allgemein zum Freizügigkeitsabkommen etwa *Benesch*, Freizügigkeitsabkommen, *passim*; *Kälin*, ZAR 2002, 123 ff.; *Peers*, European Journal of Migration and Law 2000, 127 ff.; *Imhof*, SZS/RSAS 2000, 22 ff.; *Kilian*, ZEuP 2000, 601 ff.; *Kahil-Wolff/Mosters*, in: Durchführung des Abkommens EU/CH über die Personenfreizügigkeit, 12 ff.; *Hailbronner*, EuZ 2003, 48 ff.; *Breitenmoser*, in: Freizügigkeit im europäischen Sport, 59 ff.; *Epiney*, Jahrbuch für Migrationsrecht / Annuaire du droit de la migration 2004/2005, 45 ff.; *Epiney/Mosters*, in: Auslegung und Anwendung von „Integrationsverträgen“, 57 ff.

⁹ Neben der Schweiz und der EG sind auch deren Mitgliedstaaten Partei des Abkommens, so dass es sich entgegen der verbreiteten umgangssprachlichen Bezeichnung nicht um ein bilaterales, sondern um ein multilaterales Abkommen handelt.

¹⁰ Zu diesen m.w.N. *Bieber/Epiney/Haag-Epiney*, § 11, Rn. 78 ff.

1. Zu den Auslegungsgrundsätzen im Völkerrecht

Ausgangspunkt ist die grundsätzliche Massgeblichkeit völkerrechtlicher Methoden für die Auslegung des Abkommens: Denn das Personenfreizügigkeitsabkommen stellt einen völkerrechtlichen Vertrag dar, und als solcher unterliegt er den einschlägigen völkerrechtlichen Auslegungsregeln, die in Art. 31 ff. der Wiener Vertragsrechtskonvention (WVK)¹¹ niedergelegt sind und darüber hinaus Völkergewohnheitsrecht formulieren.¹² Nach der Grundregel des Art. 31 WVK ist ein Vertrag „nach Treu und Glauben in Übereinstimmung mit der gewöhnlichen, seinen Bestimmungen in ihrem Zusammenhang zukommenden Bedeutung und im Lichte seines Zieles und Zweckes auszulegen“.¹³ Die wesentlichen Anknüpfungspunkte für die Auslegung völkerrechtlicher Verträge sind damit Treu und Glauben, Wortlaut, systematischer Zusammenhang oder Kontext (s. auch Art. 31 Abs. 2, 3 WVK) sowie Gegenstand und Zweck des Vertrages; daneben ist ggf. die nachfolgende Praxis der Parteien einzubeziehen, während die Entstehungsgeschichte keinen primären Anknüpfungspunkt bildet (Art. 32 WVK).

Diese Grundsätze – deren Bedeutungsgehalt hier nicht im Einzelnen nachgegangen werden kann – sind somit recht abstrakt und allgemein formuliert; insbesondere können die verschiedenen, nicht in einer strengen hierarchischen Reihenfolge stehenden Auslegungsmethoden in verschiedener Weise kombiniert und gewichtet werden, womit den Besonderheiten des jeweils auszulegenden völkerrechtlichen Vertrages Rechnung getragen werden kann. Insofern dürften sie eine hohe Flexibilität aufweisen, so dass für die Auslegung eines Vertrages letztlich seinen Spezifitäten (etwa hinsichtlich Zielsetzung, Inhalt oder auch Zusammenhang mit anderen Verträgen) eine nicht zu unterschätzende Bedeutung zukommen dürfte.

2. Zu den für die Auslegung des Freizügigkeitsabkommens massgeblichen Grundsätzen

Versucht man vor diesem Hintergrund die bei der Auslegung des Freizügigkeitsabkommens massgeblichen Grundsätze zu formulieren, so ist der Ausgangspunkt zunächst, dass das Abkommen in weiten Teilen auf Begriffe oder Konzepte des Gemeinschaftsrechts zurückgreift, wobei teilweise wörtlich gemeinschaftsrechtliche Bestimmungen im Abkommen übernommen werden, teilweise direkt auf gemeinschaftliches Sekundärrecht verwiesen wird und teilweise sinngemäss dem Gemeinschaftsrecht entsprechende Garantien formuliert werden. Aus diesem Rückgriff auf dem Gemeinschaftsrecht entsprechende oder gar mit diesem identische Formulierungen ergibt sich aber nicht zwingend, dass die

¹¹ Wiener Übereinkommen über das Recht der Verträge vom 23. Mai 1969, SR 0.111 (im Folgenden: WVK).

¹² Vgl. nur Graf Vitzthum-Graf Vitzthum, 56.

¹³ Klein, in: Auslegung von Integrationsverträgen, 1 (5), weist zutreffend darauf hin, dass diese Formulierung am Ende wenig geglückt ist und man statt von „Ziel und Zweck“ eher von „Gegenstand und Zweck“ sprechen solle.

jeweiligen Bestimmungen parallel wie im Gemeinschaftsrecht auszulegen sind;¹⁴ vielmehr verbietet sich eine „automatische Übertragung“ der im Gemeinschaftsrecht heranzuziehenden Auslegung schon deshalb, weil das Gemeinschaftsrecht auf der Grundlage seiner verfassungsähnlichen Struktur und seiner spezifischen Zielsetzungen von besonderen Grundsätzen geprägt ist, die auch und gerade Rückwirkungen auf seine Auslegung entfalten können,¹⁵ ohne dass damit die völkerrechtliche Grundlage der Union und des Gemeinschaftsrechts zwingend aufgegeben wird. Ein Grundsatz der „parallelen Auslegung“ gewisser völkervertraglicher Regelungen im Verhältnis zum Gemeinschaftsrecht kann sich jedoch aus der Anwendung der erwähnten völkerrechtlichen Auslegungsgrundsätze (Art. 31 ff. WVK) ergeben, insbesondere aus dem Gebot, die Verträge seien unter Berücksichtigung ihres Ziels und Gegenstandes auszulegen. So können gewisse im Gemeinschaftsrecht anwendbare Auslegungsprinzipien auf völkervertragliche Verträge anzuwenden sein, wenn diese (teilweise) dieselben Zielsetzungen verfolgen wie die entsprechenden gemeinschaftsrechtlichen Garantien.¹⁶

Im Urteil *Metalsa* formulierte der EuGH diese Grundsätze wie folgt:

„Insgesamt ergibt sich (...), dass die Übertragung der Auslegung einer Vertragsbestimmung auf eine vergleichbar, ähnlich oder übereinstimmend gefasste Bestimmung eines Abkommens zwischen der Gemeinschaft und einem Drittland insbesondere davon abhängt, welchen Zweck diese Bestimmungen in dem ihnen je eigenen Rahmen verfolgen; insoweit kommt dem Vergleich von Zweck und Kontext des Abkommens mit denjenigen des Vertrages [hier wird auf den EG-Vertrag Bezug genommen] erhebliche Bedeutung zu. Ein völkerrechtlicher Vertrag ist nämlich nicht nur nach seinem Wortlaut, sondern auch im Lichte seiner Ziele auszulegen.“¹⁷

In einem neuen Urteil¹⁸ führt der EuGH denn auch aus, dass kein Grund bestehe, das in Abkommen mit Drittstaaten enthaltene Diskriminierungsverbot aus Gründen der Staatsangehörigkeit im Bereich der Arbeitsbedingungen anders auszulegen als im Rahmen des EG-Vertrages. Hieran änderten auch ggf. gegenüber dem Gemeinschaftsrecht abweichende Formulierungen in einem solchen Abkommen nichts. Zur Begründung verweist der Gerichtshof insbesondere auf die Zielsetzungen der Übereinkommen, die mit denjenigen des Vertrages in den erfassten Bereichen übereinstimmen. Verallgemeinert man diesen Ansatz, so sind in all denjenigen Fällen, in denen Abkommen mit Drittstaaten Teile des *acquis communautaire* übernehmen und die Zielsetzung des jeweiligen Abkommens gerade dahin geht, das

¹⁴ Auch der EuGH geht davon aus, dass mit dem Gemeinschaftsrecht wörtlich übereinstimmende völkervertragsrechtliche Bestimmungen nicht zwingend parallel wie im Gemeinschaftsrecht auszulegen sind. Vgl. etwa EuGH, Rs. 270/80 (Polydor), Slg. 1982, 329; EuGH, Rs. 104/81 (Hauptzollamt Mainz/Kupferberg), Slg. 1982, 3641 (3663); EuGH, Rs. C-149/96 (Portugal/Rat), Slg. 1999, I-8395. S. auch EuGH, Gutachten 1/91 (EWR), Slg. 1991, I-6079, Rn. 15 ff.

¹⁵ Zur Auslegung im Gemeinschaftsrecht nur *Anweiler*, Auslegungsmethoden des Gerichtshofes, *passim*; *Seyr*, Der *effet utile* in der Rechtsprechung des EuGH, insbes. 21 ff.; *Buck*, Auslegungsmethoden des Gerichtshofes, *passim*; Bieber/Epiney/Haag- Epiney, § 9, Rn. 11 ff.

¹⁶ So denn i. Erg. auch EuGH, Rs. C-312/91 (Metalsa), Slg. 1993, I-3751, Rn. 11 f.; EuGH, Rs. C-469/93 (Chiquita), Slg. 1995, I-4533. Aus der Literatur etwa *Ott*, EuZW 2000, 293 (294 f., 297).

¹⁷ EuGH, Rs. C-312/91 (Metalsa), Slg. 1993, I-3751, Rn. 11 f.

¹⁸ EuGH, Rs. C-465/01 (Kommission/Österreich), Slg. 2004, I-8291. S. auch im Ansatz ähnliche Ausführungen in EuGH, Rs. C-467/02 (Cetinkaya), Slg. 2004, I-10895.

in der Gemeinschaft geltende Rechtsregime auf das Verhältnis zu Drittstaaten auszuweiten, die entsprechenden Abkommensbestimmungen grundsätzlich parallel zu den einschlägigen Vertragsbestimmungen auszulegen.¹⁹

Betrachtet man vor diesem Hintergrund das Freizügigkeitsabkommen, so dürften für die Formulierung allgemeiner Auslegungsgrundsätze des Abkommens – jedenfalls sind aber die jeweiligen konkreten Bestimmungen, ihre Stellung im Gesamtsystem des Abkommens sowie der Zusammenhang mit gemeinschaftsrechtlichen Garantien zu betrachten, so dass immer auch eine Auslegung der einzelnen Bestimmung notwendig ist – drei Aspekte von besonderer Bedeutung sein:

- Wie bereits bemerkt, greifen weite Teile des Abkommens wörtlich oder sinngemäss auf gemeinschaftsrechtliche Garantien zurück und lassen diese in das Abkommen einfließen.
- In der Präambel wird betont, dass die Vertragsparteien bestrebt sind, die Personenfreizügigkeit zwischen ihnen „auf der Grundlage der in der Europäischen Gemeinschaft geltenden Bestimmungen zu verwirklichen“, und nach Art. 16 Abs. 1 FZA treffen die Vertragsparteien „alle erforderlichen Massnahmen (...), damit in ihren Beziehungen gleichwertige Rechte und Pflichten wie in den Rechtsakten der Europäischen Gemeinschaft, auf die Bezug genommen wird, Anwendung finden“.
- Nach Art. 16 Abs. 2 S. 1 FZA ist in all denjenigen Fällen, in denen für die Anwendung des Abkommens „Begriffe des Gemeinschaftsrechts herangezogen werden“, die „einschlägige Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften vor dem Zeitpunkt der Unterzeichnung“ zu berücksichtigen.²⁰

Art. 16 Abs. 2 FZA:

„Soweit für die Anwendung dieses Abkommens Begriffe des Gemeinschaftsrechts herangezogen werden, wird hierfür die einschlägige Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften vor dem Zeitpunkt der Unterzeichnung berücksichtigt. Über die Rechtsprechung nach dem Zeitpunkt der Unterzeichnung dieses Abkommens wird die Schweiz unterrichtet. Um das ordnungsgemässe Funktionieren dieses Abkommens sicherzustellen, stellt der Gemischte Ausschuss auf Antrag einer Vertragspartei die Auswirkungen dieser Rechtsprechung fest.“²¹

¹⁹ Der Vollständigkeit halber sei aber darauf hingewiesen, dass die Rechtsprechung des EuGH in Bezug auf die parallele Auslegung völkerrechtlicher Verträge nicht ganz konsistent erscheint und der EuGH bei (scheinbar?) vergleichbaren Fallgestaltungen gelegentlich eine „Übertragung“ der gemeinschaftlichen Grundsätze vornimmt, diese gelegentlich aber auch ablehnt. Vgl. aus der Rechtsprechung insbesondere EuGH, Gutachten 1/91 (EWR), Slg. 1991, I-6079, Rn. 22; EuGH, Rs. C-235/99 (Kondova), Slg. 2001, I-6427, Rn. 55; EuGH, Rs. C-63/99 (Gloszcuk), Slg. 2001, I-6369, Rn. 52; EuGH, Rs. C-257/99 (Barkoci und Malik), Slg. 2001, I-6557, Rn. 55 (gegen eine parallele Auslegung); EuGH, Rs. C-268/99 (Jany), Slg. 2001, I-8615, Rn. 37; EuGH, Rs. 162/00 (Pokrzeptowicz-Meyer), Slg. 2002, I-1049, Rn. 31 ff.; EuGH, Rs. C-163/90 (Legros) Slg. 1992, I-4625, Rn. 26 (für eine parallele Auslegung). Zu dieser Rechtsprechung instruktiv *Klein*, in: *Auslegung von Integrationsverträgen*, 1 (16 ff.).

²⁰ Dieses Prinzip ist auch vor dem Hintergrund zu sehen, dass die EG bestrebt war, einheitliche Regeln wie in der Gemeinschaft zu verankern und deren innere Entwicklung sowie die Autonomie der gemeinschaftlichen Rechtsordnung nicht gefährdet werden sollte. Zu diesen Aspekten EuGH, Gutachten 1/91 (EWR I), Slg. 1991, I-6079, Rn. 47; EuGH, Gutachten 1/92 (EWR II), Slg. 1992, I-2821, Rn. 17 ff.

²¹ Ausführlich zur Auslegung dieser Bestimmung *Epiney*, ZBJV 2005, 1 ff.

Auch wenn damit zwischen „alter“ und „neuer“ Rechtsprechung unterschieden wird, kann es die Zielsetzung einer parallelen Rechtsentwicklung nahe legen, dass sich die schweizerischen Rechtsanwendungs- und Rechtsprechungsinstanzen auch an die nach dem 21.6.1999 ergangene Rechtsprechung des EuGH „anlehnen“, um diese Parallelität sicherzustellen. Auch die Rechtsprechung des Bundesgerichts dürfte im Ergebnis – wenn auch nicht in der Begründung, da das Bundesgericht hier einen eher pragmatischen Ansatz zugrundelegt und letztlich ohne nähere dogmatische Untermauerung die meisten Aspekte der neueren Rechtsprechung übernimmt²² – in diese Richtung gehen,²³ so dass im Zweifel recht viel für eine „Übernahme“ auch der neueren Rechtsprechung spricht, es sei denn, Sinn und Zweck des Abkommens stünden dem klar entgegen. Das Urteil des Gerichtskreises Bern-Laupen²⁴ geht denn auch – unter Bezugnahme auf die Zielsetzung des Abkommens, eine parallele Rechtsentwicklung im Gemeinschaftsrecht einerseits und im Rahmen des Personenfreizügigkeitsabkommens andererseits sicherzustellen – davon aus, dass auch die neuere Rechtsprechung des EuGH grundsätzlich zu berücksichtigen ist, soweit und solange nicht gewichtige, im Abkommen selbst angelegte Gründe dagegen sprechen.

Man wird aus der Gesamtheit dieser Bestimmungen ableiten können, dass die Zielsetzung des Abkommens dahin geht, im Verhältnis zur Schweiz für die erfassten Bereiche grundsätzlich eine parallele Rechtslage wie in der EU sicherzustellen.²⁵ M.a.W. soll offenbar für einen Teil des *acquis communautaire* eine (völkervertragsrechtlich verankerte) Ausweitung des Anwendungsbereichs desselben auf die Beziehungen zur Schweiz erreicht werden. Damit können zwar die besonderen Auslegungsgrundsätze des europäischen Gemeinschaftsrechts,²⁶ wie etwa der Grundsatz des *effet utile*, nicht als solche im Rahmen des Abkommens herangezogen werden, handelt es sich doch um einen völkerrechtlichen Vertrag, der eben nach anderen Regeln auszulegen ist als das Gemeinschaftsrecht selbst.²⁷ Allerdings finden diese genuin gemeinschaftsrechtlichen Auslegungsgrundsätze

²² Vgl. ausführlich zur Rechtsprechung des Bundesgerichts *Epiney/Civitella*, Jahrbuch für Migrationsrecht 2007/2008, 227 ff.; *Epiney*, Jahrbuch für Migrationsrecht 2004/2005, 141 ff.

²³ Vgl. insbesondere Bundesgericht, Urteil vom 4.11.2003, 2A.91/2003, BGE 130 II 1. Bestätigt durch Urteil des Bundesgerichts vom 16.1.2004, 2A.457/2003, BGE 130 II 137. S. auch die Formulierung in BGE 130 II 113 Erw. 5.2.

²⁴ Fn. 4.

²⁵ Zu zurückhaltend und letztlich unklar daher *Breitenmoser/Isler*, AJP 2002, 1003 (1011), die ausschliesslich auf Art. 16 Abs. 2 FZA abstellen. I. Erg. wie hier wohl *Cottier/Evtimov*, ZBJV 2003, 77 (107 ff.), wobei die von diesen Autoren vorgenommene Differenzierung zwischen der Auslegung in der EU und in der Schweiz insofern nicht zu überzeugen vermag, als doch in jedem Fall die Grundsätze der WVK heranzuziehen sind. Ähnlich wie hier wohl auch *Wüger*, Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2004/2005, 287 ff.; *Imhof*, ZESAR 2007, 155 ff. 217 ff.; *Mock/Filliez*, SZIER 2006, 237 ff.

²⁶ Zu diesen die Nachweise in Fn. 15.

²⁷ Zur Frage der Auslegung völkerrechtlicher Verträge in der Rechtsprechung des EuGH m.w.N. *Epiney/Felder*, ZVglRWiss 2001, 425 (426 f.).

insoweit mittelbar Eingang in die Auslegung des Freizügigkeitsabkommens, als diesem selbst zu entnehmen ist, dass sich die Tragweite seiner Bestimmungen grundsätzlich an diejenige des Gemeinschaftsrechts anlehnen soll.

Ausgehend von diesem Befund kann der Grundsatz formuliert werden, dass die Bestimmungen des Freizügigkeitsabkommens, die an gemeinschaftsrechtliche Garantien anknüpfen, sei dies nun wörtlich oder (nur) sinngemäss, grundsätzlich in Anlehnung an die gemeinschaftsrechtliche Bedeutung auszulegen sind. Erkennbare Zielsetzung des Abkommens ist nämlich – wie erwähnt – die Gewährung gleichwertiger Rechte und Pflichten wie im Gemeinschaftsrecht. M.a.W. soll eine möglichst weitgehende Parallelität der Rechtslage in der Union und im Anwendungsbereich des Freizügigkeitsabkommens sichergestellt werden. Dies bedeutet für die Auslegung des Abkommens, dass grundsätzlich jedenfalls immer dann von einer „Parallelität der Konzepte“ – auf der Grundlage der EuGH-Rechtsprechung bis zum 21.6.1999 – auszugehen ist, wenn das Abkommen auf Konzepte des Gemeinschaftsrechts zurückgreift,²⁸ und nur dann eine hiervon abweichende Rechtslage unter dem Abkommen anzunehmen ist, wenn deutlich wird, dass ein vom Gemeinschaftsrecht differierendes Konzept verfolgt wird bzw. eine andere Rechtslage zugrunde gelegt werden sollte.

Die Herausforderung bei der Auslegung des Freizügigkeitsabkommens ist damit letztlich die Beantwortung der Frage, ob und inwieweit tatsächlich auf gemeinschaftliche Grundsätze bzw. Konzepte zurückgegriffen wird und inwieweit – daran anschliessend – das Abkommen echte eigenständige Lösungen verankert. Damit wird dann auch die Frage aufgeworfen, welche Teile des *acquis communautaire* übernommen werden, eine Frage, die sich sowohl in inhaltlicher als auch in zeitlicher Hinsicht stellt. Diese Problematik ist nachfolgend für Art. 2 FZA zu erörtern.

II. Zur Vereinbarkeit ausgewählter „Ausländerklauseln“ mit Art. 2 FZA

1. Ausgangspunkt: zur Reichweite der „Parallelität“ von Art. 2 FZA und Art. 12 EGV

Bevor der Frage der Vereinbarkeit der hier zur Debatte stehenden „Ausländerklauseln“ mit Art. 2 FZA nachgegangen werden kann, ist – auf der Grundlage der oben²⁹ entwickelten Auslegungsgrundsätze – danach zu fragen, ob und inwieweit Art. 2 FZA „parallel“ zu Art. 12 EGV – dies auf der Grundlage der einschlägigen Rechtsprechung des EuGH – auszulegen ist.

²⁸ Vgl. insoweit auch die Ausführungen in BGE 130 II 113 Erw. 6.2 ff. Die Ausführungen des Bundesgerichts dürften hier aber tendenziell zu zurückhaltend sein, so wenn das Bundesgericht meint, es würden insofern teilweise andere Ziele verfolgt, als es nur um eine partielle Beteiligung an den betroffenen Grundfreiheiten gehe (Erw. 6.2). Abgesehen von dem Umstand, dass nicht wirklich ersichtlich ist, wie die (nicht) erfassten Teile zu präzisieren sein sollen, ist dieser Ansatz jedenfalls in Bezug auf die Arbeitnehmerfreizügigkeit kaum überzeugend, geht es hier doch offenbar um eine parallele Ausgestaltung der Rechtsregime; hieran ändert auch der Umstand nichts, dass es in der EU zusätzlich die Unionsbürgerschaft gibt.

²⁹ B.I.

Von Bedeutung ist dies in unserem Zusammenhang insbesondere für die Frage, ob und inwieweit die Rechtsprechung des EuGH zur Frage der Reichweite des Anwendungsbereichs des Art. 12 EGV³⁰ auf Art. 2 FZA „übertragen“ werden kann. Nach dieser Rechtsprechung fallen all diejenigen Regelungen in den Anwendungsbereich des Vertrages, die Implikationen für die Ausübung der Grundfreiheiten entfalten, so etwa auch Studiengebühren für Hochschulen, bereiten letztere doch auf die Berufsausübung vor, so dass ein enger Zusammenhang mit der Personenfreizügigkeit gegeben ist. Zudem schliesst der EuGH im Wesentlichen aus dem sich aus der Unionsbürgerschaft ergebenden Aufenthaltsrecht sowie aus den einschlägigen Aufenthaltsrichtlinien, dass letztlich all diejenigen nationalen Regelungen, die die Aufenthaltsbedingungen betreffen bzw. in untrennbarem Zusammenhang mit dem Aufenthalt stehen (wie etwa auch eine Reihe sozialer Leistungen), in den Anwendungsbereich des Vertrages fallen. M.a.W. ist der Anwendungsbereich des Vertrages immer schon dann eröffnet, wenn sich eine Person in einer gemeinschaftsrechtlich geregelten Situation befindet, worunter auch die Ausübung des Aufenthaltsrechts in einem anderen Mitgliedstaat fällt. Der Anspruch auf Gleichbehandlung ergibt sich dann aus Art. 12 EGV, während die Berufung auf Art. 18 EGV – der das Freizügigkeitsrecht für Unionsbürger formuliert – für die Eröffnung des Anwendungsbereichs des Vertrages von Bedeutung ist.

Versucht man vor diesem Hintergrund eine Präzisierung der einschlägigen Rechtsprechung im Sinne des Art. 16 Abs. 2 FZA, so ist zu unterscheiden:

- Soweit die Rechtsprechung darauf abstellt, dass die effektive Verwirklichung der Grundfreiheiten betroffen ist, fällt sie unter Art. 16 Abs. 2 FZA. Denn auch das Personenfreizügigkeitsabkommen verfolgt ja gerade diese Zielsetzungen, und zwar letztlich auf derselben Grundlage wie der EG-Vertrag, so dass – wie bereits erwähnt – eine parallele Rechtslage angestrebt wird.
- Das Freizügigkeitsabkommen übernimmt jedoch gerade nicht das Konzept der Unionsbürgerschaft. Vielmehr beschränkt sich das Abkommen auf die Garantie der wirtschaftlichen Grundfreiheiten sowie der Freizügigkeit Nichterwerbstätiger und Familienangehöriger unter genau umschriebenen Voraussetzungen. Daher könnte diejenige Rechtsprechung, die massgeblich und ausschliesslich auf die Unionsbürgerschaft zur Umschreibung des Anwendungsbereichs des Art. 12 EGV abstellt, im Rahmen des Abkommens nicht herangezogen werden.

Zu beachten ist jedoch, dass eine genauere Analyse der einschlägigen Rechtsprechung zur Bedeutung und Tragweite der in Art. 18 EGV gewährleisteten Freizügigkeit für die Bestimmung des Anwendungsbereichs

³⁰ Vgl. EuGH, Rs. 293/83 (Gravier), Slg. 1985, 593; EuGH, Rs. 186/87 (Cowan), Slg. 1989, 195; EuGH, Rs. C-43/95 (Data Delecta), Slg. 1996, I-4661; EuGH, Rs. C-274/96 (Bickel und Franz), Slg. 1998, I-7637; EuGH, Rs. C-85/96 (Martinez Sala), Slg. 1998, I-2691; EuGH, Rs. C-184/99 (Grzelczyk), Slg. 2001, I-6193; EuGH, Rs. C-224/98 (d'Hoop), Slg. 2002, I-6191; EuGH, Rs. C-147/03 (Kommission/Österreich), Slg. 2005, I-5969; EuGH, Rs. C-65/03 (Kommission/Belgien), Slg. 2004, I-6427; EuGH, verb. Rs. C-92/92, C-326/92 (Phil Collins), Slg. 1993, I-5145; EuGH, Rs. C-456/02 (Trojani), Slg. 2004, 7573; EuGH, Rs. C-209/03 (Bidar), Slg. 2005, I-2119; EuGH, Rs. C-148/02 (Garcia Avello), Slg. 2003, I-11613. Ausführlich hierzu m.w.N. *Epiney*, FS Bieber, 661 ff.

des Vertrages im Sinne des Art. 12 EGV zeigt, dass es letztlich massgeblich nicht um die Unionsbürgerschaft als solche, sondern um die Frage der Reichweite und Bedeutung der den Unionsbürgern zustehenden Freizügigkeitsrechte geht. Entsprechende Freizügigkeitsrechte sind aber auch – wenn auch nicht in Anknüpfung an die Unionsbürgerschaft – im Freizügigkeitsabkommen verankert. Vor diesem Hintergrund ist die Rechtsprechung des EuGH grundsätzlich insoweit auch im Rahmen des Freizügigkeitsabkommens relevant, als es um die Reichweite der Freizügigkeitsrechte und ihre Tragweite für die Bestimmung des Anwendungsbereichs des Vertrages geht: Denn diese Fragestellung bzw. diese Grundsätze sind im Abkommen – wenn auch auf anderer Rechtsgrundlage – letztlich parallel wie im Rahmen des EG-Vertrages ausgestaltet. Daher ist die EuGH-Rechtsprechung in dem Ausmass einschlägig, in dem sie sich auf die Tragweite des im EG-Vertrag für Unionsbürger gewährten Freizügigkeitsrechts bezieht, findet dieses doch im Wesentlichen seine Entsprechung in den im Anhang I FZA garantierten Freiheiten. Hieran ändert dann auch der Umstand nichts, dass zusätzlich oder ergänzend auf das Konzept der Unionsbürgerschaft Bezug genommen wird.³¹

Insgesamt ist damit – in Anknüpfung an die Rechtsprechung des EuGH – der Anwendungsbereich des Abkommens immer schon dann eröffnet, wenn eine Person über ein Aufenthaltsrecht verfügt bzw. sich auf eine im Abkommen gewährleistete Grundfreiheit berufen kann (z.B. auch ein Tourist auf die passive Dienstleistungsfreiheit³²). Damit ist die Formulierung „bei der Anwendung dieses Abkommens gemäss den Anhängen I, II und III“ auf der Grundlage der einschlägigen Rechtsprechung des EuGH so auszulegen, dass Art. 2 FZA alle Diskriminierungen verbietet, die die Wahrnehmung der im Abkommen (einschliesslich seiner Anhänge) gewährleisteten Rechte behindern bzw. mit diesen im Zusammenhang stehen. Dazu genügt es bereits, dass sich die betreffende Person rechtmässig im Gebiet einer anderen Vertragspartei aufhält und somit von ihrem Aufenthaltsrecht Gebrauch macht. Insofern können also auch Regelungen der sozialen Sicherheit³³ oder das Namensrecht betreffende Bestimmungen³⁴ in den Anwendungsbereich des Abkommens fallen, wobei der Hintergrund nicht in der Wahrnehmung der sich aus der nicht im Abkommen aufgenommenen Unionsbürgerschaft ergebenden Rechte, sondern in der Inanspruchnahme der sich aus dem Abkommen ergebenden Freizügigkeitsrechte zu sehen ist.

Somit ist im Ergebnis von einer Anlehnung der Auslegung des Art. 2 FZA an die im Rahmen des Art. 12 EGV massgeblichen Grundsätze auszugehen.³⁵

³¹ Vgl. EuGH, Rs. C-413/99 (Baumbast), Slg. 2002, I-7091, in dem der EuGH auf mehrere Freizügigkeitsrechte Bezug nimmt. Dieses Urteil erging allerdings erst am 17.9.2002, also nach der Unterzeichnung des Abkommens.

³² Vgl. z.B. die Fälle betreffend diskriminierender Eintritte in staatliche Museen, EuGH, Rs. C-45/93 (Kommission/Spanien), Slg. 1994, I-911, Rn. 9 f.; EuGH, Rs. C-388/01 (Kommission/Italien), Slg. 2003, I-721, Rn. 12, 28.

³³ Vgl. EuGH, Rs. C-85/96 (Martinez Sala), Slg. 1998, I-2691; EuGH, Rs. C-184/99 (Grzelczyk), Slg. 2001, I-6193; EuGH, Rs. C-224/98 (d'Hoop), Slg. 2002, I-6191.

³⁴ Vgl. EuGH, Rs. C-148/02 (Garcia Avello), Slg. 2003, I-11613.

³⁵ Vgl. ebenso mit ausführlicher Begründung bereits *Epiney*, Jahrbuch für Migrationsrecht 2004/2005, 45 (65 ff.).

2. „Ausländerklauseln“ und Art. 2 FZA

Bevor im Einzelnen die Vereinbarkeit der hier zur Debatte stehenden „Ausländerklauseln“ mit Art. 2 FZA geprüft werden kann (b), soll zunächst ein Überblick über die in diesem Zusammenhang (möglicherweise) einschlägige Rechtsprechung des EuGH und des Bundesgerichts gegeben werden (a).

a) Stand der Rechtsprechung

aa) *EuGH*

Der Europäische Gerichtshof hatte sich bislang noch nicht mit der Frage auseinanderzusetzen, ob und inwieweit Ausländerklauseln im Amateursport mit Art. 12 EGV im Einklang stehen.

Das in diesem Zusammenhang berühmte Urteil des Gerichtshofs in der Rs. C-415/93 (*Bosman*)³⁶ betraf einen Fall der Arbeitnehmerfreizügigkeit: Die damals geltenden Ausländerklauseln im Fussball (wobei es um Regelungen der UEFA, dem europäischen Fussballverband, ging) sahen vor, dass die Fussballvereine bei den Spielen der von den Verbänden veranstalteten Wettkämpfe nur eine begrenzte Zahl von Berufsspielern, die Staatsangehörige anderer Mitgliedstaaten sind, einsetzen dürfen. Angesichts der Tatsache, dass die Teilnahme an diesen Spielen das wesentliche Ziel jedes Berufsfussballspielers und des ihn beschäftigenden Vereins ist, zieht eine derartige Regelung eine Beschränkung der Freizügigkeit nach sich. Zwar ist es nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs möglich, dass ausländische Spieler von bestimmten Begegnungen aus nicht-wirtschaftlichen Gründen ausgeschlossen werden, die mit dem spezifischen Charakter dieser Begegnungen zusammenhängen und daher nur den Sport als solchen betreffen.³⁷ Ausländerklauseln der in der Rs. *Bosman* zur Debatte stehenden Art beziehen sich aber gerade nicht auf Begegnungen, bei denen die Mannschaften ihre Länder repräsentieren, sondern sie gelten für alle offiziellen Spiele und treffen damit den Kern der von den Berufsspielern ausgeübten Tätigkeit. Der EuGH schloss daher auf die Unvereinbarkeit dieser Regelungen mit Art. 39 EGV.³⁸

Allerdings befasste sich der Gerichtshof in mehreren Urteilen mit der Frage, ob mitgliedstaatliche Regelungen – private Regelungen wurden im Rahmen des Art. 12 EGV in der Rechtsprechung noch nicht relevant –, die in engem Zusammenhang mit der Ausübung der Grundfreiheiten und / oder dem rechtmässigen Aufenthalt in einem anderen EU-Staat stehen, in den Anwendungsbereich des Vertrages im Sinne des Art. 12 EGV fallen, so dass Diskriminierungen aus Gründen der Staatsangehörigkeit verboten sind. Zu erwähnen sind insbesondere folgende Aspekte der Rechtsprechung:

(1) Zu im Zusammenhang mit der Dienstleistungsfreiheit stehenden Regelungen

³⁶ EuGH, Rs. C-415/93 (*Bosman*), Slg. 1995, I-4921.

³⁷ Ein Beispiel sind hier die Länderspiele.

³⁸ Ausführlich zu diesem Urteil *Quirling*, Die Nach-Bosman-Ära, 34 ff., m.w.N. S. ansonsten noch ausführlich zur Problematik *Dubey*, Libre circulation, *passim*.

Im Zusammenhang mit der Dienstleistungsfreiheit geht der Gerichtshof davon aus, dass im Falle des Zusammenhangs einer Dienstleistungsempfänger betreffenden Regelung mit der Wahrnehmung der Dienstleistungsfreiheit der Anwendungsbereich des Art. 12 EGV eröffnet sei:

- So weise die Gewährung einer staatlichen Entschädigung zur Wiedergutmachung von (u.a.) Touristen zugefügten Schäden einen untrennbaren Zusammenhang mit der Dienstleistungsfreiheit auf, auch wenn sie die Wahrnehmung der Dienstleistungsfreiheit nicht eigentlich beschränke: Garantiere nämlich das Gemeinschaftsrecht einer natürlichen Person die Freiheit, sich in einen anderen Mitgliedstaat zu begeben, so sei zwingende Folge dieser Freizügigkeit, dass Leib und Leben in dem betreffenden Mitgliedstaat in gleicher Weise geschützt werden müssten, wie dies bei den eigenen Staatsangehörigen und den in diesem Staat wohnhaften Personen der Fall ist.³⁹
- Weiter könne die Möglichkeit, mit den Behörden anderer Mitgliedstaaten in einer bestimmten Sprache zu kommunizieren, die Wahrnehmung der Dienstleistungsfreiheit und des Aufenthaltsrechts der Unionsbürger erleichtern.⁴⁰

In diesen Fällen stellt der EuGH also auf den Bezug zur Wahrnehmung der Dienstleistungsfreiheit ab und bejaht den Anwendungsbereich des Vertrages im Gefolge des Zusammenhangs mit der Ausübung des durch dieses Freiheitsrecht garantierten Freizügigkeitsrechts.

(2) Zugang zum Universitätsstudium

Beim Zugang zum Universitätsstudium und zu sonstigen Berufsausbildungen bestehe ein enger Zusammenhang mit der Ausübung der (Arbeitnehmer-) Freizügigkeit.⁴¹ Der EuGH begründete diesen Schluss im Urteil *Gravier*⁴² – auf das die Nachfolgerechtsprechung⁴³ dann jeweils Bezug nimmt – im Wesentlichen mit folgenden Erwägungen:

³⁹ EuGH, Rs. 186/87 (Cowan), Slg. 1989, 195, Rn. 17; s. auch EuGH, Rs. C-323/95 (Hayes), Slg. 1997, I-1711, Rn. 17, wo der EuGH darauf abstellt, dass eine Vorschrift (auch nur) mittelbare Auswirkungen auf den innergemeinschaftlichen Austausch von Gütern und Dienstleistungen entfaltet. Ähnlich in Bezug auf den Zusammenhang zur Freizügigkeit (hinsichtlich Vorschriften über die Registrierung von Schiffen, die nicht im Rahmen einer wirtschaftlichen Tätigkeit eingesetzt werden) EuGH, Rs. C-151/96 (Kommission/Irland), Slg. 1997, I-3321, Rn. 8.

⁴⁰ EuGH, Rs. C-274/96 (Bickel und Franz), Slg. 1998, I-7637, Rn. 15 ff.

⁴¹ EuGH, Rs. 293/83 (Gravier), Slg. 1985, 593, Rn. 21 ff.; EuGH, Rs. C-147/03 (Kommission/Österreich), Slg. 2005, I-5969, Rn. 31 ff. S. auch EuGH, Rs. C-357/89 (Raulin), Slg. 1992, I-1027, Rn. 25 ff.; EuGH, Rs. C-47/93 (Kommission/Belgien), Slg. 1994, I-1593, Rn. 13 f.; EuGH, Rs. C-65/03 (Kommission/Belgien), Slg. 2004, I-6427, Rn. 25. Daran anschliessend liege auch das Aufenthaltsrecht der Studierenden im Anwendungsbereich des Vertrages, könnte doch ansonsten die Gleichheit des Zugangs ausgehebelt werden, EuGH, Rs. C-295/90 (Parlament/Rat), Slg. 1992, I-4193, Rn. 18 f.

⁴² EuGH, Rs. 293/83 (Gravier), Slg. 1985, 593.

⁴³ Vgl. Fn. 41.

- Zugang zum und die Teilnahme am Unterricht im Bildungswesen und in der Lehrlingsausbildung stünden nicht ausserhalb des Gemeinschaftsrechts; auch das gemeinschaftliche Sekundärrecht sehe etwa vor, dass Arbeitnehmern und ihren Familienangehörigen hier die gleichen Rechte wie den Staatsangehörigen der Mitgliedstaaten zustehen.⁴⁴
- Im EG-Vertrag sei eine gemeinsame Politik im Bereich der Bildung verankert.⁴⁵
- Der Zugang zur Berufsausbildung sei geeignet, die Freizügigkeit innerhalb der gesamten Gemeinschaft zu fördern, indem er den Einzelnen die Möglichkeit gibt, eine Qualifikation in dem Mitgliedstaat zu erwerben, in dem sie ihre Berufstätigkeit ausüben wollen, sowie die Möglichkeit, in dem Mitgliedstaat, dessen berufliches Bildungswesen die entsprechende Spezialisierung anbietet, ihre Ausbildung zu vervollkommen und ihre besonderen Fähigkeiten zu entwickeln.⁴⁶

(3) Zu im Zusammenhang mit dem rechtmässigen Aufenthalt eines Unionsbürgers stehenden Regelungen

Die neuere Rechtsprechung geht davon aus, dass sich ein Unionsbürger, der sich rechtmässig in dem Gebiet eines anderen Mitgliedstaates aufhält, in allen vom sachlichen Anwendungsbereich des Gemeinschaftsrechts erfassten Fällen auf Art. 12 Abs. 1 EGV berufen kann. Beispielhaft sei hier auf die Rechtsprechung zur Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen sich ein Unionsbürger im Zuge der Wahrnehmung seiner Freizügigkeitsrechte auf Art. 12 EGV berufen kann, um einen diskriminierungsfreien Zugang zu Sozialhilfeleistungen zu verlangen, hingewiesen.⁴⁷

- Art. 12 EGV sei für die Beurteilung seines Anwendungsbereichs in Verbindung mit den Vertragsbestimmungen über die Unionsbürgerschaft zu sehen. Der Unionsbürgerstatus sei nämlich dazu bestimmt, der grundlegende Status der Angehörigen der Mitgliedstaaten zu sein, der es denjenigen unter ihnen, die sich in der gleichen Situation (offenbar wie Staatsangehörige des jeweiligen Mitgliedstaats) befinden, erlaubt, die gleiche rechtliche Behandlung zu geniessen.

⁴⁴ EuGH, Rs. 293/83 (Gravier), Slg. 1985, 593, Rn. 19 f.

⁴⁵ EuGH, Rs. 293/83 (Gravier), Slg. 1985, 593, Rn. 23; s. auch den ausdrücklichen Bezug auf Art. 149, 150 EGV in EuGH, Rs. C-65/03 (Kommission/Belgien), Slg. 2004, I-6427, Rn. 25.

⁴⁶ EuGH, Rs. 293/83 (Gravier), Slg. 1985, 593, Rn. 24.

⁴⁷ Vgl. EuGH, Rs. C-184/99 (Grzelczyk), Slg. 2001, I-6193, Rn. 30 ff.; EuGH, Rs. C-456/02 (Trojani), Slg. 2004, I-7573, Rn. 37 ff.; EuGH, Rs. C-224/98 (d'Hoop), Slg. 2002, I-6191, Rn. 29 ff. Letzterer Fall betraf insofern eine im Vergleich zu den beiden anderen Fällen etwas anders gelagerte Situation, als es um die Vorenthaltung einer Sozialleistung allein deshalb ging, weil die betreffende Person ihren Schulabschluss in einem anderen Mitgliedstaat absolviert hatte, sie daher m.a.W. allein deshalb benachteiligt wurde, weil sie von ihrem Freizügigkeitsrecht Gebrauch gemacht hatte. Bemerkenswert ist hier aber, dass die Formulierungen des EuGH darauf abstellen, dass die jeweilige Regelung die Wahrnehmung der Freizügigkeitsrechte behindern könne.

- In Anknüpfung an die in der Rs. C-85/96 (*Martinez Sala*)⁴⁸ bereits eingeleitete Argumentationslinie betont der EuGH sodann, dass sich ein Unionsbürger, der sich rechtmässig im Gebiet des Aufnahmemitgliedstaats aufhält, daher in allen Situationen, die in den sachlichen Anwendungsbereich des Gemeinschaftsrechts fallen, auf Art. 12 EGV berufen könne. Die Eröffnung des Anwendungsbereichs des Vertrages und damit die Möglichkeit der Berufung auf Art. 12 EGV sei aber davon abhängig, dass der Aufenthalt in dem jeweiligen Mitgliedstaat nach wie vor rechtmässig ist.⁴⁹
- Die in den sachlichen Anwendungsbereich des Vertrages fallenden Situationen schlossen auch und gerade diejenigen ein, die zur Ausübung der Grundfreiheiten und des Freizügigkeitsrechts gehören, wobei der Gerichtshof auf das Urteil in der Rs. C-274/96 (*Bickel und Franz*)⁵⁰ Bezug nimmt. Das Recht auf eine Sozialleistung wird im Anschluss an diese Erwägung als offenbar im Zusammenhang mit dem Aufenthaltsrecht stehend angesehen.
- Schliesslich geht der EuGH noch auf das Verhältnis zum Sekundärrecht ein, das für die Wahrnehmung der Freizügigkeit u.a. ausreichende Existenzmittel voraussetzt: Dies ändere nichts daran, dass der Aufenthalt eines Unionsbürgers rechtmässig begründet werden könne und dass Art. 12 EGV im skizzierten Sinn heranzuziehen sei, wobei es dem Aufenthaltsstaat jedoch unbenommen bleibe, unter Einhaltung der gemeinschaftsrechtlichen Grenzen Massnahmen zu ergreifen, um das Aufenthaltsrecht zu beenden; diese dürften jedoch keinesfalls die „automatische Folge“ der Inanspruchnahme von Sozialleistungen darstellen. Weiter sei dem einschlägigen Sekundärrecht zu entnehmen, dass das Gemeinschaftsrecht eine „bestimmte finanzielle Solidarität“ der Angehörigen der verschiedenen Mitgliedstaaten anerkenne.⁵¹

(4) Fazit

Insgesamt dürfte der Gerichtshof damit davon ausgehen, dass der Anwendungsbereich des Vertrages im Sinne des Art. 12 EGV jedenfalls dann eröffnet ist, wenn die entsprechende Regelung einen Bezug zu den Grundfreiheiten bzw. der durch die Unionsbürgerschaft eingeräumten Personenfreizügigkeit aufweist. Der Anwendungsbereich des Vertrages im Zuge der Wahrnehmung der Personenfreizügigkeitsrechte ist damit immer schon dann betroffen, wenn die zur Debatte stehende Regelung insofern im Zusammenhang mit dem Aufenthalt steht, als sie die Grundbedingungen dieses Aufenthalts betrifft bzw. seine (weitere) Wahrnehmung – sei es auch nur indirekt – erleichtern bzw. erschweren kann; ausreichend ist dabei auch ein nur indirekter und potenzieller Bezug.⁵²

⁴⁸ EuGH, Rs. C-85/96 (*Martinez Sala*), Slg. 1998, I-2691.

⁴⁹ Ausdrücklich EuGH, Rs. C-456/02 (*Trojani*), Slg. 2004, 7573, Rn. 40.

⁵⁰ EuGH, Rs. C-274/96 (*Bickel und Franz*), Slg. 1998, I-7637.

⁵¹ Vgl. im Einzelnen zu den durch diese Rechtsprechung aufgeworfenen Fragen und den möglichen Ansätzen einer Lösung *Epiney*, FS Bieber, 661 (663 ff.).

⁵² Ausführlich hierzu *Epiney*, FS Bieber, 661 (673 ff.).

bb) Bundesgericht

Aus der Rechtsprechung des Bundesgerichts⁵³ sind in unserem Zusammenhang in erster Linie vier Fälle relevant, die Art. 2 FZA betreffen:

- In einem Urteil vom 27.11.2003⁵⁴ hatte sich das Bundesgericht mit der Rechtmässigkeit des sog. „Zulassungsstopps für Ärzte“⁵⁵, der durch eine bundesrätliche Verordnung eingeführt wurde, auseinanderzusetzen. Das Bundesgericht prüfte den „Zulassungsstopp“ (auch) unter dem Blickwinkel des Art. 2 FZA. Diese Bestimmung entspreche „weitgehend“ Art. 12 EGV. Allerdings gehe der Anwendungsbereich des Art. 2 FZA weniger weit als derjenige des Art. 12 EGV, denn Art. 2 FZA beziehe sich einzig auf die vom Abkommen umfassten Gegenstände, während unterschiedliche Behandlungen, die sich aufgrund anderer Rechtsbereiche ergeben, nicht erfasst seien. Sodann verneint das Bundesgericht – wobei es die im Rahmen des Art. 12 EGV massgeblichen Grundsätze anwenden will – bereits das Vorliegen einer indirekten Diskriminierung.

Die Aussagen des Bundesgerichts zu den Parallelen und Unterschieden des Art. 2 FZA einerseits und des Art. 12 EGV andererseits – insbesondere die Beschränkung des Anwendungsbereichs auf die vom Abkommen erfassten Gegenstände – bleiben denkbar unklar; so geht aus ihnen nicht hervor, inwieweit sich tatsächlich die in Art. 2 FZA und Art. 12 EGV anwendbaren Grundsätze unterscheiden sollen, findet doch auch Art. 12 EGV ausschliesslich im Anwendungsbereich des Vertrages Anwendung.⁵⁶ Im Übrigen vermag die Ansicht des Bundesgerichts nicht die eigenständige Bedeutung des Art. 2 FZA neben den besonderen Bestimmungen des Abkommens – von der im Zweifel auszugehen ist, da grundsätzlich nicht anzunehmen ist, dass einer vertraglichen Bestimmung einer solchen Tragweite wie das in Art. 2 FZA niedergelegte Diskriminierungsverbot keine Bedeutung zukommen soll – zu gewährleisten: Denn leitete man aus der Formulierung, das Diskriminierungsverbot sei (nur) „bei der Anwendung dieses Abkommens gemäss den Anhängen“ heranzuziehen, ab, dass es lediglich zusammen mit bereits in den Anhängen gewährleisteten Rechten

⁵³ S. in diesem Zusammenhang auch Appellationshof des Kantons Bern, II. Zivilkammer, Entscheid vom 15.11.2003, Basel Magic/Unihockey-Verband (SUHV), Nr. S-0395/II/03, wo das Gericht im Zusammenhang mit Ausländerklauseln im Unihockey allgemein auf die sog. Bosman-Rechtsprechung (EuGH, Rs. C-415/93, Slg. 1995, I-4921), die ein Beschränkungsverbot zugrunde legt, Bezug nimmt. Das Gericht dürfte in diesem Urteil von dem Grundsatz der Massgeblichkeit dieser Rechtsprechung des EuGH für die Auslegung der einschlägigen Bestimmungen des Freizügigkeitsabkommens ausgehen; allerdings betrifft das Urteil den Profisport, so dass es lediglich in Bezug auf den Grundsatz der „parallelen Auslegung“ von Freizügigkeitsabkommen und entsprechenden gemeinschaftsrechtlichen Bestimmungen in unserem Zusammenhang von Bedeutung ist.

⁵⁴ BG, Urteil 2P.305/2002, Urteil vom 27.11.2003.

⁵⁵ In der Sache ging es um die Einschränkung der Zulassung von Leistungserbringern zur Tätigkeit zu Lasten der obligatorischen Krankenpflegeversicherung, womit im Wesentlichen Einschränkungen bei der Eröffnung neuer Arztpraxen verbunden waren. Vgl. im Einzelnen zu der Regelung die Darstellung in dem bundesgerichtlichen Urteil.

⁵⁶ Vgl. zu den sonstigen problematischen Aspekten des Urteils, die hier nicht näher interessieren, *Epiney*, Jahrbuch für Migrationsrecht 2004/2005, 141 (152 ff.).

zum Zuge käme (was im Wesentlichen die Alternative zu der hier vertretenen Auffassung darstellte, zu der das Bundesgericht offenbar neigt), käme Art. 2 FZA gerade keine eigenständige Bedeutung zu, sind die Diskriminierungsverbote doch bereits in den Anhängen verankert.

- In einem Urteil des Bundesgerichts vom 7.11.2003⁵⁷ ging es um die Verweigerung der Einräumung einer Fischereiberechtigung an einen Österreicher mit der Begründung, dieser verfüge nicht über die nach der kantonalen Fischereiverordnung hierfür erforderliche Niederlassungsbewilligung. Das Bundesgericht wies die staatsrechtliche Beschwerde ab, mit der Begründung, die entgeltliche Einräumung einer Fischereiberechtigung stelle keine staatliche Leistung dar, die inländischen Arbeitnehmern allgemein gewährt wird, und sie stehe auch in keinerlei Zusammenhang mit der objektiven Arbeitnehmereigenschaft, so dass darin auch keine „soziale Vergünstigung“ im Sinne von Art. 9 Abs. 2 Anhang I FZA erblickt werden könne. Überraschend ist an dem Urteil, dass das allgemeine Diskriminierungsverbot des Art. 2 FZA nicht geprüft wird, wobei aber darauf hinzuweisen ist, dass das Urteil im Verfahren der staatsrechtlichen Beschwerde ergangen ist und der Beschwerdeführer sich offenbar hierauf nicht berufen hatte.
- Sodann ist noch auf BGE 131 V 209 hinzuweisen, in dem es um den Zugang zu einer Altersteilrente ging. Das Bundesgericht äusserte sich hier ausführlich zur Auslegung des Art. 2 FZA und geht dabei offenbar von einer parallelen Auslegung dieser Bestimmung mit Art. 12 EGV aus.
- Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts⁵⁸ – die sich an die Rechtsprechung des EuGH⁵⁹ anlehnt, wobei der EuGH selbst in einem jüngst ergangenen Urteil⁶⁰ jedoch seine Rechtsprechung revidiert hat, so dass sich die Frage nach der Übernahme dieser „Kehrtwende“ durch das Bundesgericht stellt, womit hier im Einzelnen noch gewisse Unklarheiten bestehen⁶¹ – kommen die Familiennachzugsregeln nur unter der Voraussetzung eines vorherigen rechtmässigen Aufenthalts des (drittstaatsangehörigen) Familienmitglieds in der Union zum Zuge. In einem Urteil vom 25.8.2005⁶² hielt das Bundesgericht in diesem Zusammenhang fest, dass sich im Falle der Verneinung der Einschlägigkeit des Personenfreizügigkeitsabkommens auf der Grundlage dieser Grundsätze ein Aufenthaltsrecht gleichwohl aus Art. 2 FZA ergeben kann. Dieser Ansatz zieht die Konsequenz nach sich, dass der Familiennachzug durch einen Unionsbürger jedenfalls nicht ungünstiger

⁵⁷ BG, 2P.142/2003, Urte. v. 7.11.2003.

⁵⁸ BG, 2A.91/2003, Urte. V. 4.11.2003, BGE 130 II 1; BG, 2C_42/2007, Urte. v. 30.11.2007, BGE 134 II 10. Zu dieser „Übernahme“ der Rechtsprechung des EuGH *Mock/Filliez*, SZIER 2006, 237 ff.; *Epiney*, Jahrbuch für Migrationsrecht 2004/2005, 141 (145 ff.)

⁵⁹ EuGH, Rs. C-109/91 (Akrich), Slg. 2003, I-6239; EuGH, Rs. C-1/05 (Jia), Slg. 2007, I-1.

⁶⁰ EuGH, Rs. C-127/08 (*Metock*), Urte. v. 25.7.2008.

⁶¹ Hierzu *Epiney/Mosters*, Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2007/2008, 55 (69 ff.); *Epiney/Civitella*, Jahrbuch für Migrationsrecht 2007/2008, 227 (233 ff.). Zum Urteil *Metock* und seinen (möglichen) Rückwirkungen auf die Auslegung des Freizügigkeitsabkommens *Epiney*, EuR 2008 (im Erscheinen).

⁶² BG, 2A.325/2004, Urte. v. 25.8.2005.

ausgestaltet sein darf als derjenige für Schweizer Bürger, so dass im Ergebnis – sollten die Familiennachzugsregeln des Freizügigkeitsabkommens nicht zur Anwendung kommen – für Unionsbürger zumindest die für Schweizer Bürger geltenden Familiennachzugsregeln heranzuziehen sind. Damit dürfte das Bundesgericht – insoweit in Abkehrung bzw. Präzisierung seiner erwähnten früheren Rechtsprechung – davon ausgehen, dass Art. 2 FZA auch dann zum Zuge kommen kann, wenn keine speziellen Diskriminierungsverbote des Abkommens greifen.

cc) Ergebnis

Damit ist in Bezug auf die bisher ergangene Rechtsprechung zu der hier relevanten Frage Folgendes festzuhalten:

- Es gibt bislang kein Urteil des EuGH, das die Vereinbarkeit von Ausländerklauseln im Amateursport mit Art. 12 EGV geprüft hat.
- Der Gerichtshof hat sich bislang auch noch nicht zu der Frage geäußert, ob und ggf. inwieweit Art. 12 EGV Drittwirkung entfaltet, geht es bei den im vorliegenden Gutachten zur Debatte stehenden Ausländerklauseln doch um Wettkampfordnungen, die von einem privaten Verband erlassen wurden. Allerdings ist darauf hinzuweisen, dass der EuGH in Bezug auf Art. 39, 49 (Arbeitnehmerfreizügigkeit und Dienstleistungsfreiheit) klar von einer Drittwirkung jedenfalls in Bezug auf kollektive Regelungen ausgeht.⁶³ Die Gründe für diese Rechtsprechung – insbesondere Effektivität der Grundfreiheiten und beherrschende Stellung von Verbänden bzw. faktische Bindung solcher Kollektivregelungen – dürften auf Art. 12 EGV übertragbar sein, so dass auch diese Bestimmung jedenfalls in Bezug auf kollektive Regelwerke Drittwirkung entfaltet. M.a.W. dürften Private jedenfalls immer dann an Art. 12 EGV gebunden sein, wenn zwischen den Einzelnen ein solches „Machtgefälle“ besteht, dass sich die Einzelnen einer Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit kaum zu entziehen vermögen.⁶⁴ Für diesen Ansatz spricht im Übrigen, dass der Gerichtshof selbst bei in Verträgen mit Drittstaaten enthaltenen Diskriminierungsverboten von einer Drittwirkung in Bezug auf kollektive Regelungen (zur Debatte standen solche von Sportverbänden) ausgeht.⁶⁵
- Die Rechtsprechung des Bundesgerichts ist in Bezug auf die Auslegung des Art. 2 FZA noch sehr lückenhaft und teilweise nicht überzeugend. Jedenfalls

⁶³ Vgl. EuGH, Rs. 36/74 (Walrave und Koch), Slg. 1974, 1405; EuGH, Rs. C-415/03 (Bosman), Slg. 1995, I-4921; EuGH, Rs. C-176/96 (Lehtonen), Slg. 2000, I-2681. Im Rahmen des Diskriminierungsverbots des Art. 39 EGV geht der EuGH gar von einer umfassenden Drittwirkung aus, EuGH, Rs. C-281/98 (Angonese), Slg. 2000, I-4161.

⁶⁴ Vgl. im Einzelnen m.w.N. Calliess/Ruffert-Epiney, Art. 12 EGV, Rn. 22, 26. Ausführlich zur Drittwirkungsproblematik etwa Förster, Unmittelbare Drittwirkung, *passim*; Ganten, Drittwirkung der Grundfreiheiten, *passim*; Graber, Unmittelbare Drittwirkung, *passim*; Preedy, Bindung Privater an die europäischen Grundfreiheiten, *passim*.

⁶⁵ EuGH, Rs. C-438/00 (Kolpak), Slg. 2003, I-4135; EuGH, Rs. C-265/03 (Simutenkov), Slg. 2005, I-2579.

fehlt bislang eine klare Stellungnahme des Bundesgerichts nicht nur bezüglich der konkreten, in der vorliegenden Untersuchung zur Debatte stehenden Frage, sondern auch bezüglich der Grundsätze der Auslegung des Art. 2 FZA allgemein. Immerhin dürfte die Rechtsprechung tendenziell davon ausgehen, dass sich die Auslegung von Art. 2 FZA an derjenigen des Art. 12 EGV zu orientieren hat, wenn auch gerade in Bezug auf den Anwendungsbereich der Bestimmung teilweise missverständliche Ausführungen des Bundesgerichts zu verzeichnen sind.

- Jedenfalls geht das Bundesgericht aber (inzwischen) davon aus, dass Art. 2 FZA insofern eine eigenständige Bedeutung zukommt, als diese Bestimmung „revêt (...) une portée générale“⁶⁶, so dass Art. 2 FZA auch und gerade dann von Bedeutung ist, wenn das Abkommen ansonsten kein Recht verankert. Daher können sich aus dieser Bestimmung auch eigenständige Rechte ableiten lassen.

Vor diesem Hintergrund besteht derzeit aus rechtlicher Sicht eine gewisse Unsicherheit, ob und inwieweit Ausländerklauseln wie die hier zur Debatte stehenden mit Art. 2 FZA vereinbar sind oder nicht; diese Unsicherheit beruht im Wesentlichen auf der fehlenden Rechtsprechung in Bezug auf diese Frage. Denn – wie noch zu zeigen sein wird⁶⁷ – die hier im Zentrum des Interesses stehende Problematik kann unter Anwendung bzw. Fortführung der bislang in der Rechtsprechung entwickelten Ansätze einer Lösung zugeführt werden.

b) Zum Verstoß von „Ausländerklauseln“ im Amateursport gegen Art. 2 FZA

Trotz dieser aufgezeigten Unsicherheiten sprechen – auf der Grundlage der angestellten Überlegungen zu den Grundsätzen der Auslegung des Freizügigkeitsabkommens im Allgemeinen⁶⁸ und des Art. 2 FZA im Besonderen⁶⁹ die besseren Gründe für eine Unvereinbarkeit einer Ausländerklausel im Amateursport, die die Teilnahme (auch) von niedergelassenen EU-Ausländern an bestimmten Wettbewerben beschränkt, mit Art. 2 FZA. Dies sei anhand der Tatbestandsmerkmale des Art. 2 FZA – die nach dem Gesagten unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des EuGH zu Art. 12 EGV auszulegen sind⁷⁰ – aufgezeigt, wobei jeweils auch auf die diesbezüglichen Aussagen des eingangs erwähnten Urteils des Gerichtskreises Bern-Laupen⁷¹ hingewiesen werden soll.

Ausgangspunkt ist dabei, dass Art. 2 FZA unmittelbar anwendbar ist, sich die Berechtigten also direkt auf diese Bestimmung berufen können. Denn Art. 2 FZA räumt Einzelnen hinreichend bestimmt umschriebene Rechte ein.⁷²

⁶⁶ BG, 2A.325/2004, Urt. v. 25.8.2005, Erw. 3.3.

⁶⁷ Unten B.II.2.b).

⁶⁸ Oben B.I.

⁶⁹ Oben B.II.1.

⁷⁰ Oben B.II.1.

⁷¹ Vgl. Fn. 4.

⁷² Zur unmittelbaren Anwendbarkeit des Art. 2 FZA nur BG, Urteil v. 12.9.2003, 2A.607/2002, Erw. 3.3; BGE 129 II 257, Erw. 3.3; BGE 129 I 392, Erw. 3.2.3;

aa) Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit

Eine Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit liegt zweifellos vor, wird doch direkt auf die Staatsangehörigkeit abgestellt. Denn Ausländer werden in Bezug auf den Zugang zu bestimmten Wettkämpfen im Verhältnis zu Schweizern schlechter gestellt. Somit handelt es sich um eine formelle oder direkte Diskriminierung.⁷³ Die Regelung unterscheidet im Weiteren auch selbst zwischen verschiedenen Personengruppen.

bb) Besondere Bestimmungen

Weiter dürfte auch im Rahmen des Art. 2 FZA – parallel zu Art. 12 EGV – davon auszugehen sein, dass diese Bestimmung dann nicht heranzuziehen ist, wenn besondere Bestimmungen – die das Verbot der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit für bestimmte Bereiche konkretisieren – greifen. Denn Art. 2 FZA dürfte im Gesamtzusammenhang des Abkommens eine ähnliche Funktion wie Art. 12 EGV im EG-Vertrag zukommen: Es geht letztlich um die Formulierung des „Leitmotivs“ des Grundsatzes der Nichtdiskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit, der sicherstellen soll, dass im Anwendungsbereich des Abkommens bzw. des Vertrages keine Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit erfolgt, auch wenn die durch den Vertrag oder das Abkommen gewährleisteten Rechte nicht unmittelbar beeinträchtigt sind. Dieser Ansatz drängt sich auch deshalb auf, weil Art. 2 FZA ansonsten neben den spezifischen Diskriminierungsverboten des Abkommens (etwa in Bezug auf den Zugang von Unionsbürgern zum Arbeitsmarkt) keine eigenständige Bedeutung zukäme. Hinzu kommt die bereits erwähnte, sich aus Art. 16 Abs. 2 FZA und den Zielsetzungen des Abkommens ergebende grundsätzliche Parallelität der Auslegung abkommensrechtlicher Bestimmungen mit den entsprechenden Regelungen des Gemeinschaftsrechts.⁷⁴ Damit verbietet diese Bestimmung allgemein Diskriminierungen aus Gründen der Staatsangehörigkeit „bei der Anwendung“ des Abkommens gemäss den Anhängen. In diesem Sinn betont auch das Urteil des Gerichtskreises Bern-Laupen⁷⁵, dass Art. 2 FZA jedenfalls gerade immer dann seine Wirkung entfalte, wenn kein anderes, direkt im Abkommen oder in den Anhängen gewährlestetes Recht zum Zuge kommt.

Bei den hier zur Debatte stehenden Regelungen geht es um Amateursportler, so dass die in den sonstigen Bestimmungen des Abkommens und den Anhängen

Gerichtskreis Bern-Laupen (Fn. 4); *Breitenmoser/Isler*, AJP 2002, 1003 (1009); *Kälin*, in: Die sektoriellen Abkommen Schweiz – EG, 11 (18 f.); *Martenet/Boillat*, SJER 2007/288, 311 (327 ff.). A.A. ohne nähere Begründung und ohne Bezugnahme auf die Rechtsprechung *Odendahl*, SJER 2005/2006, 347 (367).

⁷³ Zum Begriff und zur Abgrenzung von der materiellen Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit *Calliess/Ruffert-Epiney*, Art. 12 EGV, Rn. 11 ff.

⁷⁴ Hierzu ausführlich *Epiney/Mosters*, in: *Auslegung und Anwendung von „Integrationsverträgen“*, 57 ff.

⁷⁵ Fn. 4. Vgl. insoweit auch BG, 2A.325/2004, Urt. v. 25.8.2005.

gewährleisteten wirtschaftlichen Freiheiten – insbesondere Arbeitnehmerfreizügigkeit und Dienstleistungsfreiheit – nicht zum Zuge kommen können. Auch erfolgt keine eigentliche Beschränkung der Freizügigkeit Nichterwerbstätiger, da sich die relevante Regelung nicht auf die Wahrnehmung dieser Rechte bezieht.

cc) Berechtigte und Verpflichtete

In den persönlichen Schutzbereich des Abkommens fallen Staatsangehörige der EU-Mitgliedstaaten (Unionsbürger). Wenn also in der Schweiz niedergelassene Unionsbürger von bestimmten Wettkämpfen ausgeschlossen werden, ihr Zugang beschränkt wird oder sie in Bezug auf diesen Zugang im Vergleich zu Schweizern benachteiligt werden, können sie sich auf das Abkommen berufen.

Verpflichtet werden durch das Abkommen jedenfalls die Vertragsparteien, also die Europäische Gemeinschaft, die EU-Mitgliedstaaten und die Schweiz. Ausgehend von der oben erwähnten⁷⁶ Rechtsprechung des EuGH, die im Rahmen der Art. 39, 49 EGV jedenfalls eine Drittwirkung gegenüber kollektiven Regelung annimmt, sprechen die besseren Gründe dafür (wie erwähnt⁷⁷), eine solche auch bei Art. 12 EGV anzunehmen, so dass sie auch – im Zuge der grundsätzlich parallelen Auslegung des Freizügigkeitsabkommens mit dem Gemeinschaftsrecht – im Rahmen des Art. 2 FZA zum Zuge kommen müsste.⁷⁸ Da es hier um eine Verbandsregelung geht, die für die Durchführung der Wettkämpfe massgeblich ist und an die sich alle Wettkampfteilnehmer halten müssen,⁷⁹ liegen die Voraussetzungen einer kollektiven Regelung vor.

Auch der Gerichtskreis Bern-Laupen⁸⁰ geht – in Anknüpfung an die Rechtsprechung des EuGH zu den Personenverkehrsfreiheiten⁸¹ – von einer Drittwirkung des Art. 2 FZA, jedenfalls soweit kollektive Regelungen betroffen sind, aus. Beim Wettkampffreglement des Schweizerischen Leichtathletikverbandes handle es sich um eine solche kollektive Regelung. Weiter ist darauf hinzuweisen, dass auch der Gerichtshof in Bezug auf die Auslegung von Art. 2 FZA entsprechenden Diskriminierungsverboten im Assoziierungsvertrag mit der Slowakei sowie im

⁷⁶ Oben B.II.2.a)cc).

⁷⁷ S.o. B.II.2.a)cc).

⁷⁸ Ebenso mit ausführlicher Begründung *Martenet/Boillat*, SJER 2007/2008, 311 (327 ff.), die diesen Grundsatz angesichts der Rechtsprechung des EuGH zur Drittwirkung im Rahmen der Grundfreiheiten, die bereits vor dem 21. Juni 1999 (Datum der Unterzeichnung des Abkommens) ergangen ist, auch unmittelbar aus der in Art. 16 Abs. 2 FZA vorgesehenen Pflicht zur Berücksichtigung der bis zum Zeitpunkt der Unterzeichnung des Abkommens ergangenen Rechtsprechung des EuGH, soweit im Abkommen auf gemeinschaftsrechtliche Begriffe zurückgegriffen wird, ableiten.

⁷⁹ Zu den Wirkungen der hier zur Debatte stehenden Verbandsregelung bereits oben B., am Anfang.

⁸⁰ Fn. 4.

⁸¹ Insbesondere EuGH, Rs. C-415/93 (Bosman), Slg. 1995, I-4921.

Partnerschaftsabkommen mit Russland von einer Drittwirkung dieser Bestimmungen in Bezug auf von Sportverbänden aufgestellte Regelungen ausgeht.⁸²

dd) „Bei der Anwendung des Abkommens gemäss den Anhängen I, II und III“

Schliesslich setzt der Tatbestand des Art. 2 FZA voraus, dass die Diskriminierung „bei der Anwendung des Abkommens gemäss den Anhängen I, II und III“ erfolgt. Wie ausgeführt,⁸³ ist für die Auslegung dieser Klausel die Rechtsprechung des EuGH zu Art. 12 EGV heranzuziehen, dies in dem Sinn, dass diese Voraussetzung schon immer dann zu bejahen ist, wenn die jeweilige Regelung die Wahrnehmung der im Abkommen (einschliesslich seiner Anhänge) gewährleisteten Rechte behindert, unattraktiver macht oder / und mit diesen im Zusammenhang steht. Wie ebenfalls bereits ausgeführt,⁸⁴ hatte sich der EuGH noch nicht ausdrücklich zur Frage der Einschlägigkeit des Art. 12 EGV für Amateure betreffende Ausländerklauseln zu äussern.

Wendet man aber die vom Gerichtshof entwickelten Kriterien auf diese an (soweit sie niedergelassene EU-Ausländer betreffen), so sprechen die besseren Gründe dafür, dass der Anwendungsbereich des Abkommens bei derartigen Klauseln eröffnet ist bzw. dass es um die „Anwendung des Abkommens gemäss den Anhängen I, II und III“ geht: Denn die hier zur Debatte stehenden Klauseln beschränken letztlich die Möglichkeit in der Schweiz niedergelassener EU-Ausländer (die von ihrem im Abkommen gewährleisteten Freizügigkeitsrecht als Arbeitnehmer, selbständig Erwerbende oder Personen ohne lukrative Tätigkeit Gebrauch gemacht haben), sich an bestimmten Wettkämpfen in der Leichtathletik unter denselben Voraussetzungen wie Schweizer zu beteiligen. Damit wird ihnen eine zumindest für gewisse Ausländer attraktive Gestaltung ihrer Freizeit erschwert bzw. bestimmten, im Vergleich zur Situation der Schweizer unattraktiveren Bedingungen unterworfen. Die Art und Weise der Freizeitgestaltung aber steht in engem Zusammenhang mit der Attraktivität des Aufenthalts in der Schweiz und damit mit der Wahrnehmung der erwähnten Freizügigkeitsrechte der Unionsbürger, die durch das Abkommen garantiert sind.

Somit entfaltet ein Ausschluss oder eine Beschränkung der Teilnahme am sportlichen (aber auch am kulturellen und gesellschaftlichen) Leben unmittelbar Rückwirkungen auf die Effektivität der Freizügigkeitsrechte, so dass Art. 2 FZA einschlägig ist, geht es damit doch um die Anwendung des Abkommens bzw. der in diesem gewährleisteten Rechte.

An diesem Schluss ändert auch der Umstand, nichts, dass nur bestimmte Personen an dieser Möglichkeit der Freizeitbeschäftigung interessiert sind und die entsprechende Leistungsfähigkeit aufweisen, ist doch allein der grundsätzlich gegebene Zusammenhang mit der „Qualität des Aufenthalts“ – der auch nur einige Personen

⁸² EuGH, Rs. C-438/00 (Kolpak), Slg. 2003, I-4135; EuGH, Rs. C-265/03 (Simutenkov), Slg. 2005, I-2579.

⁸³ Oben B.I.2., B.II.1.

⁸⁴ Oben B.II.2.a)aa).

berühren kann – ausschlaggebend.⁸⁵ Ebenso wenig fällt es ins Gewicht, dass das Freizügigkeitsabkommen bzw. der EG-Vertrag die Frage der Teilnahmevoraussetzungen für Amateurleichtathletikwettkämpfe nicht regeln und der Gemeinschaft auch keine Kompetenz hierfür zukäme: Denn jedenfalls müssen sich die Mitgliedstaaten auch in den Politikbereichen, deren Regelung in ihrer Kompetenz liegt, an die primärrechtlichen Vorgaben halten, wie die Fallgestaltungen aus der Rechtsprechung des EuGH – die mitgliedstaatliche Regelungen aus verschiedenen Politikbereichen, die klar der Kompetenz der Mitgliedstaaten zuzuordnen sind, wie etwa Straf- und Zivilprozessrecht, Namensrecht oder Opferentschädigung – illustrieren.⁸⁶ Geht man aber von einer grundsätzlichen Parallelität der Auslegung von Art. 2 FZA mit Art. 12 EGV aus, so sind diese Grundsätze auch im Rahmen des Freizügigkeitsabkommens relevant mit der Folge, dass auch hier das Diskriminierungsverbot des Art. 2 FZA schon dann zu beachten ist, wenn die fragliche Regelung einen untrennbaren Zusammenhang mit der Wahrnehmung der durch das Abkommen gewährleisteten Freizügigkeitsrechte aufweist, unabhängig davon, ob der materielle Regelungsbereich Politiken betrifft, die an sich nicht Regelungsgegenstand des Abkommens sind.

Diese Auslegung impliziert, dass Art. 2 FZA – ebenso wie Art. 12 EGV – (potentiell) ein sehr weiter Anwendungsbereich zukommt, weisen doch zahlreiche nationale Regelungen oder kollektive Bestimmungen einen Bezug zum Aufenthalt auf. Letztlich dürfte der hier vertretene Ansatz – der aus der Rechtsprechung des EuGH abgeleitet werden kann – aber zwingend aus der Logik der Gewährleistung der Freizügigkeit im Zusammenhang mit dem Diskriminierungsverbot aus Gründen der Staatsangehörigkeit folgen: Denn haben die Freizügigkeitsbegünstigten nämlich einmal von ihrem diesbezüglichen Recht Gebrauch gemacht und sich rechtmässig in einem anderen Vertragsstaat niedergelassen, geht das Anliegen der Freizügigkeitsrechte flankierenden Art. 2 FZA eben dahin, dass die Begünstigten in allen mit ihrem Aufenthalt im Zusammenhang stehenden Belangen ebenso wie die eigenen Staatsangehörigen zu behandeln sind, würde doch ansonsten das Recht auf Freizügigkeit ad absurdum geführt.

Der Gerichtskreis Bern-Laupen⁸⁷ betonte – im Ergebnis parallel zu den angestellten Erwägungen –, dass der Anwendungsbereich des Art. 2 FZA immer dann eröffnet sei, wenn eine Person über ein Aufenthaltsrecht verfügt bzw. sich auf eine im Abkommen gewährleistete Grundfreiheit berufen kann. Liege diese Voraussetzung vor, könne sich die betroffene Person hinsichtlich all jener Tatbestände auf Art. 2 FZA berufen, die in einem engen bzw. untrennbaren Zusammenhang mit der angerufenen Grundfreiheit stehen. Art. 1 lit. d, Art. 7 lit. a FZA liessen erkennen, dass ein Ziel des Abkommens die Einräumung gleicher Lebens-, Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen von Unionsbürgern und Schweizern sei, wobei ein solches Recht nicht ausdrücklich im Abkommen verankert sei, so dass Art. 2 FZA zum Zuge

⁸⁵ S. insoweit das bereits erwähnte (oben B.II.2.a)aa)(1) Urteil des EuGH in der Rs. 186/87 (Cowan), Slg. 1989, 195: Hier erachtete der EuGH den Zugang zu einer staatlichen Entschädigung zur Wiedergutmachung von (u.a.) Touristen zugefügten Schäden als in einem untrennbaren Zusammenhang mit der Dienstleistungsfreiheit stehend, so dass der Anwendungsbereich des Vertrages als eröffnet angesehen wurde.

⁸⁶ Vgl. die Nachweise aus der Rechtsprechung in Fn. 30.

⁸⁷ Fn. 4.

komme. Diese Bestimmung erstrecke sich auf alle Lebensumstände, die mit dem Aufenthalt verbunden sind, worunter auch sportliche Aktivitäten fielen, seien sie doch für viele Menschen wesentlicher Teil ihrer Freizeitgestaltung und stünden daher in einem engen Zusammenhang mit dem Aufenthalt. Damit stelle die zur Debatte stehende Ausländerklausel im Wettbewerbsreglement des Leichtathletikverbandes einen Eingriff in das Diskriminierungsverbot des Art. 2 FZA dar.

ee) Rechtfertigung

Nach der Rechtsprechung des EuGH können zumindest materielle Diskriminierungen aus Gründen der Staatsangehörigkeit durch zwingende Interessen des Allgemeinwohls gerechtfertigt werden,⁸⁸ während die Rechtsprechung in Bezug auf die Frage, ob auch formelle Diskriminierungen wie die hier in Frage stehende einer Rechtfertigung zugänglich ist, nicht ganz klar ist,⁸⁹ so dass diese Frage denn auch umstritten ist.⁹⁰

Die grundsätzliche Möglichkeit der Rechtfertigung ist sicherlich auch auf Art. 2 FZA übertragbar, wobei die Frage, ob auch eine formelle Diskriminierung gerechtfertigt werden kann (wofür die besseren Gründe sprechen), hier offen gelassen werden kann, da in Bezug auf die Ausländerklauseln für in der Schweiz niedergelassene Ausländer keine sachlichen Gründe ersichtlich sind: Das Anliegen, dass die Vereine die Meisterschaften nicht durch die Verpflichtung „fremder“ Athleten verfälschen (offenbar der wesentliche Hintergrund der Ausländerklauseln), kann für in der Schweiz niedergelassene EU-Ausländer nicht zum Zuge kommen: Denn diese sind wie Schweizer in ihrem jeweiligen Wohnort in einem Verein aktiv, so dass im Falle ihres Einsatzes gerade keine „künstliche“ Aufstockung der Vereine durch *de facto* nicht im Verein aktiven Athleten erfolgt; jedenfalls ist bei ihnen insofern kein Unterschied zu den Schweizern feststellbar.

Weitere zwingende sportliche Bedürfnisse sind nicht ersichtlich; insbesondere hat der EuGH im Fall Bosman⁹¹ ausdrücklich solche Bedürfnisse bei reinen „Vereinswettkämpfen“ verneint und sie letztlich im Wesentlichen auf Länderspiele beschränkt. Diese Überlegungen sind auf die vorliegende Problemstellung übertragbar.

Zwar kommt das Urteil des Gerichtskreises Bern-Laupen⁹² ebenfalls zum Schluss, dass eine Rechtfertigung zu verneinen ist, wobei die Begründung jedoch von dem hier vertretenen Ansatz differiert: Ausgehend von dem Grundsatz, dass eine Rechtfertigung grundsätzlich aus sachlichen Gründen, insbesondere solchen, die mit dem besonderen Charakter und Rahmen des Sports zusammenhängen und daher ausschliesslich den Sport als solchen betreffen, möglich sei, bejaht das Gericht das Vorliegen eines solchen sachlichen Grundes: Denn es gehe um das Anliegen, das Wesen einer Landesmeisterschaft – in dem Wettkampfreglement stehen die

⁸⁸ Vgl. EuGH, Rs. C-224/98 (D’Hoop), Slg. 2002, I-6191; EuGH, Rs. C-274/96 (Bickel und Franz), Slg. 1998, I-7637.

⁸⁹ Vgl. etwa EuGH, Rs. 172/98 (Kommission/Belgien), Slg. 1999, I-3999, Rn. 13 f.

⁹⁰ Hierzu m.w.N. Calliess/Ruffert-*Epiney*, Art. 12, Rn. 37 ff.

⁹¹ EuGH, Rs. C- 415/93 (Bosman), Slg. 1995, I-4921.

⁹² Fn. 4.

Voraussetzungen der Teilnahme an der Schweizerischen Mannschaftsmeisterschaft der Leichtathletikvereine zur Debatte – durch eine Mindestanzahl inländischer Athleten zu erhalten. Allerdings sei die Massnahme nicht erforderlich, da bei einer Mindestanzahl von 10 Athleten pro Mannschaft der „schweizerische“ Charakter auch dann noch aufrecht erhalten werde, wenn insgesamt vier ausländische Athleten teilnehmen, so dass die im Wettkampfbeglement vorgesehene Begrenzung auf lediglich zwei ausländische Athleten zur Verfolgung des angestrebten Zwecks nicht erforderlich sei. Eine Rechtfertigung durch das Anliegen der Nachwuchsförderung scheide mangels Verhältnismässigkeit ebenfalls aus.

Dieser Ansatz erscheint insbesondere deshalb bedenklich, weil das Gericht – letztlich ohne nähere Begründung – offenbar davon ausgeht, dass die Wahrung des „schweizerischen Charakters“ eines Sportwettkampfes eine mit dem spezifischen Charakter des Sportanlasses zusammenhängende Erwägung sei, die eine Diskriminierung grundsätzlich rechtfertigen könne. Zwar ist dem Gericht insoweit zuzustimmen, als auch Verbände sachliche Gründe zur Rechtfertigung geltend machen können; es bestehen jedoch erhebliche Zweifel daran, ob der „nationale Charakter“ eines Wettkampfes wirklich einen solchen sachlichen Grund darstellen kann: Denn einmal geht die Rechtsprechung des EuGH in Bezug auf Berufssportler davon aus, dass solche „sportlichen Bedürfnisse“ bei reinen Vereinswettkämpfen zu verneinen sind;⁹³ die schweizerischen Leichtathletikmeisterschaften sind aber letztlich auch solche Vereinswettkämpfe. Es ist erstaunlich, dass das Gericht diese Frage nicht näher problematisiert, denn in Bezug auf diesen Punkt ist die Situation letztlich parallel wie im Rahmen des Berufssports gelagert. Zum anderen und vor allem aber führt eine solche Argumentation letztlich dazu, dass in der Schweiz wohnhafte EU-Ausländer – die ggf. schon lange im Inland wohnen – nicht als „vollwertige Klubmitglieder“ zählen, können sie doch nicht an den „schweizerischen“ Meisterschaften teilnehmen. Damit aber wird deutlich, dass die Rechtfertigung einer Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit durch den „nationalen“ Charakter einer Meisterschaft letztlich zirkulär ist, wird als Grund für die Diskriminierung doch die unterschiedliche Staatsangehörigkeit angeführt. Art. 2 FZA aber geht gerade davon aus, dass die EU-Ausländer in der Schweiz (und umgekehrt Schweizer in der EU) in Bezug auf alle mit dem Aufenthalt in Zusammenhang stehende Konstellationen wie Inländer behandelt werden. Dies impliziert dann eben für schweizerische Meisterschaften, dass in der Schweiz wohnhafte EU-Ausländer als vollwertige Klubmitglieder angesehen werden müssen. Damit ist nach der hier vertretenen Ansicht in Bezug auf in der Schweiz wohnhafte EU-Ausländer kein Rechtfertigungsgrund für „Ausländerklauseln“ ersichtlich. Dies impliziert auch, dass Ausländerklauseln, die die Zahl von Ausländern für Vereinswettkämpfe auf die Hälfte der teilnehmenden Athleten beschränken, grundsätzlich nicht zulässig wären.

Der Vollständigkeit halber sei jedoch darauf hingewiesen, dass eine Rechtfertigung anders ausgestalteter Beschränkungen des Einsatzes von Athleten an bestimmten Wettkämpfen durch das Anliegen, diese nicht durch eine „künstliche Aufstockung“ der Vereine durch *de facto* nicht im Verein aktive Athleten zu verfälschen, in Betracht kommt: Vorstellen könnte man sich hier etwa Klauseln, die an den

⁹³ EuGH, Rs. C-415/93 (Bosman), Slg. 1995, I-4921.

Wohnsitz der Athleten in der Schweiz anknüpfen, nicht hingegen an die Nationalität im formellen Sinn.

C. Zur Tragweite des Art. 8 BV – eine Skizze

Die im vorliegenden Zusammenhang zur Debatte stehenden Ausländerklauseln könnten (auch) gegen Art. 8 Abs. 1 oder Art. 8 Abs. 2 BV verstossen, wonach alle Menschen vor dem Gesetz gleich sind und niemand diskriminiert werden darf.⁹⁴ Der Tatbestand des Diskriminierungsverbots ist im Falle der Ausländerklauseln zweifellos erfüllt, und eine Rechtfertigung für die „Sonderbehandlung“ der Ausländer ist nicht ersichtlich,⁹⁵ dies sowohl auf der Grundlage von Art. 8 Abs. 1 als auch auf derjenigen von Art. 8 Abs. 2 BV.⁹⁶

Problematisch ist allerdings, ob Art. 8 BV überhaupt im vorliegenden Fall zur Anwendung kommt. Gemäss Art. 35 Abs. 1, 2 BV müssen die Grundrechte zwar in der „ganzen Rechtsordnung zur Geltung kommen“; jedoch ist nur derjenige, der staatliche Aufgaben wahrnimmt (was beim Leichtathletikverband sicherlich zu verneinen ist), an die Grundrechte gebunden. Damit wirken Art. 8 Abs. 1, 2 BV jedenfalls nicht direkt zwischen dem Athleten und dem Leichtathletikverband, und weder der Athlet noch sein Verein können sich gegenüber dem Verband auf diese Bestimmung berufen. Auch wenn teilweise in der Lehre abweichende Ansichten vertreten werden,⁹⁷ konnten sich diese in der Rechtsprechung soweit ersichtlich nicht durchsetzen.

Fraglich könnte hingegen sein, ob das Grundrecht des Art. 8 Abs. 1, 2 BV auf dieses Privatrechtsverhältnis ausstrahlen könnte. Dies ist grundsätzlich aufgrund von Art. 35 Abs. 1 BV zu bejahen; auch trifft den Staat eine Schutzpflicht zur Durchsetzung der Grundrechte gegenüber dem Privaten, die jedoch nicht zwingend einklagbar ist. Jedenfalls müsste eine Abwägung zwischen den verschiedenen involvierten Interessen erfolgen, die im vorliegenden Fall wohl zuungunsten der Ausländerklausel ausfallen dürfte, hat der Leichtathletikverband doch eine „Monopolstellung“, so dass nicht von einem Einverständnis des betroffenen Athleten und / oder Clubs auszugehen ist. Vor diesem Hintergrund könnte die Ausländerklausel gegen allenfalls einschlägige Generalklauseln des Privatrechts – im Lichte des Art. 8 Abs. 1, 2 BV ausgelegt – verstossen.

⁹⁴ Allgemein zum Verhältnis von Art. 8 Abs. 1 und Art. 8 Abs. 2 BV *Waldmann*, Diskriminierungsverbot, 533 f.; spezifisch zur komplexen und hier nicht weiter zu vertiefenden Frage der Einordnung des Differenzierungskriteriums der Staatsangehörigkeit *Waldmann*, HAVE 1/2007, 65 ff.

⁹⁵ Hier kann entsprechend auf die Ausführungen oben B.II.2.b)ee) verwiesen werden.

⁹⁶ Womit die Frage, welcher der beiden Absätze heranzuziehen ist, ansonsten durchaus von Relevanz ist, da insbesondere der Rechtfertigungsmassstab bei beiden Vorschriften variiert: Während bei Art. 8 Abs. 1 BV sachliche Gründe ausreichen, ist bei Art. 8 Abs. 2 eine „qualifizierte Rechtfertigung“ nachzuweisen. Vgl. BGE 129 I 398; BGE 126 II 393.

⁹⁷ Vgl. den Überblick bei Ehrenzeller/Mastronardi/Schweizer/Vallender-Schweizer, Art. 35, Rn. 33 ff.; Häfelin/Haller, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, Rn. 278 ff.; Auer/Malinverni/Hottelier, Droit constitutionnel suisse, vol. II, Rn. 124 ff., die ihrerseits nicht von einer direkten Drittwirkung ausgehen. Ausführlich *Waldmann*, Diskriminierungsverbot, 487 ff.

D. Zusammenfassende Thesen und Schlussbetrachtung

I. Zusammenfassung

Die Ergebnisse des Gutachtens können wie folgt zusammengefasst werden:

- Weder die Rechtsprechung des EuGH noch diejenige des Bundesgerichts haben die Frage der hier zur Debatte stehenden „Amateurausländerklauseln“ für niedergelassene Unionsbürger bislang ausdrücklich erörtert. Insofern ist die Rechtslage in Bezug auf die Zulässigkeit dieser Klauseln nicht ganz klar.
- Die Auslegung des Art. 2 FZA (Diskriminierungsverbot aus Gründen der Staatsangehörigkeit) hat sich an derjenigen des ebenfalls ein Diskriminierungsverbot aus Gründen der Staatsangehörigkeit verankernden Art. 12 EGV – so wie in der Rechtsprechung des EuGH konkretisiert – zu orientieren. Dies bedeutet insbesondere, dass das in Art. 2 FZA verankerte Diskriminierungsverbot bereits dann zur Anwendung kommt, wenn eine Person über ein Aufenthaltsrecht verfügt bzw. sich auf eine im Abkommen gewährleistete Grundfreiheit berufen kann, sofern die in Frage stehende Diskriminierung im Zusammenhang mit der Wahrnehmung der im Abkommen gewährleisteten Freizügigkeitsrechte steht.
- Auf dieser Grundlage und ausgehend von dem Grundsatz, dass Art. 2 FZA jedenfalls auch kollektiv handelnde Verbände bindet, verstösst die Beschränkung des Zugangs von niedergelassenen EU-Ausländern zu Amateurmeisterschaften der Leichtathletikvereine gegen Art. 2 FZA, da die Art und Weise der Freizeitgestaltung in engem Zusammenhang mit der Wahrnehmung der Freizügigkeitsrechte steht; die Wahrnehmung letzterer wird nämlich letztlich beeinträchtigt, wenn die Berechtigten nur eingeschränkt Zugang zu bestimmten Möglichkeiten der Freizeitgestaltung haben. Eine Rechtfertigung ist nicht ersichtlich.
- Eine direkte Bindung des Leichtathletikverbandes an Art. 8 Abs. 1, 2 BV ist zu verneinen. Diese Grundrechte könnten aber über die Anwendung privatrechtlicher Bestimmungen auf das Verhältnis zwischen dem Leichtathletikverband und den Athleten bzw. den Vereinen ausstrahlen. Diese Frage kann im Rahmen des vorliegenden Beitrags nicht abschliessend geklärt werden.

II. Schlussbetrachtung

Die in der vorliegenden Untersuchung im Zentrum des Interesses stehende Problematik der Tragweite des Art. 2 FZA im Bereich des Amateursports illustriert einmal mehr die kaum zu überschätzende Bedeutung des Personenfreizügigkeitsabkommens auch in Gebieten, die man mit diesem auf den ersten Blick nicht in Verbindung brächte. Deutlich wird damit auch, dass das in Art. 2 FZA niedergelegte Verbot der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit wohl nicht nur im Amateursport, sondern auch in Bezug auf zahlreiche weitere (staatliche oder kollektive) Regelungen von Bedeutung ist, stehen doch – wie auch die Rechtsprechung des EuGH illustriert – zahlreiche derartige

Regelungen (die z.B. die Freizeitgestaltung, aber auch das Familien- und Erbrecht oder das Prozessrecht betreffen können) im Zusammenhang mit dem Aufenthalt. Es ist daher zu vermuten, dass es noch zahlreiche weitere Verbandsregelungen oder auch kantonale Regelungen gibt, die (direkte oder indirekte) Diskriminierungen aus Gründen der Staatsangehörigkeit enthalten und vor dem Hintergrund der in diesem Beitrag verdeutlichten Tragweite des Art. 2 FZA zumindest auf ihre Rechtfertigung überprüft werden sollten.

Schliesslich illustriert die Frage nach der Relevanz des Art. 2 FZA für den Bereich des Amateursports auch die zentrale Bedeutung der Rechtsprechung des EuGH für die Anwendung und Auslegung des Freizügigkeitsabkommens, so dass es – ob man jetzt von einer grundsätzlichen Massgeblichkeit auch nach der Unterzeichnung ergangener Urteile des EuGH ausgeht oder diese nur fallweise berücksichtigen will – für den Rechtsanwender unabdinglich ist, diese Rechtsprechung intensiv zu verfolgen und auf ihre Implikationen für Auslegung und Anwendung des Freizügigkeitsabkommens zu hinterfragen.⁹⁸ Gleichzeitig verdeutlicht die Untersuchung auch, dass die Frage nach der genauen „Bindungswirkung“ bzw. der Relevanz der Rechtsprechung des EuGH für die Anwendung und Auslegung des Personenfreizügigkeitsabkommens sehr komplex ist und erst nach einer genauen Analyse der Rechtsprechung des EuGH einerseits und dem Aussagegehalt des Freizügigkeitsabkommens andererseits beantwortet werden kann, wobei insbesondere in Bezug auf die Relevanz der neueren Rechtsprechung, aber auch in Bezug auf die Frage, ob und inwieweit im Abkommen jetzt tatsächlich auf Begriffe des Gemeinschaftsrechts zurückgegriffen wird, gewisse Unsicherheiten notwendigerweise bleiben werden, was zu einer häufig unterschätzten Rechtsunsicherheit führt.⁹⁹

⁹⁸ S. insoweit die jährlichen Übersichten über die Rechtsprechung des EuGH zum freien Personenverkehr und ihre Würdigung auch im Hinblick auf ihre Relevanz für das Personenfreizügigkeitsabkommen im Schweizerischen Jahrbuch für Europarecht (seit 2003). S. zuletzt *Epiney/Mosters*, SJER 2006/2007, 101 ff.; *Epiney/Mosters*, SJER 2007/2008, 55 ff.

⁹⁹ Vgl. zu diesem Aspekt ausführlich die Überlegungen bei *Epiney/Meier/Mosters*, in: Zwischen EU-Beitritt und bilateralem Weg, 77 (177 ff.).

Literatur

- Anweiler, Jochen*: Die Auslegungsmethoden des Gerichtshofes der Europäischen Gemeinschaften, Frankfurt, Bern 1997.
- Auer, Andreas/Malinverni, Giorgio/Hottelier, Michel*: Droit constitutionnel suisse, vol. II. Les droits fondamentaux, 2^{ème} éd., Berne 2006.
- Benesch, Sebastian*: Das Freizügigkeitsabkommen zwischen der Schweiz und der Europäischen Gemeinschaft, Tübingen 2007.
- Bieber, Roland/Epiney, Astrid/Haag, Marcel*: Die Europäische Union. Europarecht und Politik, 8. Aufl., Baden-Baden 2008 (zitiert: Bieber/Epiney/Haag-Verfasser).
- Breitenmoser, Stephan*: Der Einfluss der Personenfreizügigkeit des Europäischen Gemeinschaftsrechts auf Nicht-EU-Staaten, in: Urs Scherrer/Marco Del Fabro (Hrsg.), Freizügigkeit im europäischen Sport, Zürich 2002, 59 ff.
- Breitenmoser, Stephan/Isler, Michael*: Der Rechtsschutz im Personenfreizügigkeitsabkommen zwischen der Schweiz und der EG sowie den EU-Mitgliedstaaten, AJP 2002, 1003 ff.
- Buck, Carsten*: Über die Auslegungsmethoden des Gerichtshofes der Europäischen Gemeinschaft, Frankfurt u.a. 1998.
- Calliess, Christian/Ruffert, Matthias* (Hrsg.): Kommentar des Vertrages über die Europäische Union und des Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft – EUV/EGV, 3. Aufl., München 2006 (zitiert: Calliess/Ruffert-Verfasser).
- Cottier, Thomas/Evtimov, Erik*: Die sektoriellen Abkommen der Schweiz mit der EG: Anwendung und Rechtsschutz, ZBJV 2003, 77 ff.
- Dubey, Jean-Philippe*: La libre circulation des sportifs en Europe, Berne u.a. 2000.
- Ehlers, Dirk*: Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 2. Aufl., Berlin 2005 (zitiert: Verfasser, in: Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten).
- Ehrenzeller, Bernhard/Mastronardi, Philippe/Schweizer, Rainer J./Vallender, Klaus A.* (Hrsg.): Die Schweizerische Bundesverfassung. Kommentar, 2 Bde., 2. Aufl., Sankt Gallen/Zürich 2008 (zitiert: Ehrenzeller/Mastronardi/Schweizer/Vallender-Verfasser).
- Epiney, Astrid*: Das Abkommen über die Personenfreizügigkeit – Überblick und ausgewählte Aspekte, in: Alberto Achermann/Astrid Epiney/Walter Kälin/Minh Son Nguyen (Hrsg.), Jahrbuch für Migrationsrecht / Annuaire du droit de la migration 2004/2005, 2005, 45 ff.
- Epiney, Astrid*: Zur schweizerischen Rechtsprechung zum Personenfreizügigkeitsabkommen, in: Alberto Achermann/Astrid Epiney/Walter Kälin/Minh Son Nguyen (Hrsg.), Jahrbuch für Migrationsrecht / Annuaire du droit de la migration 2004/2005, 2005, 141 ff.
- Epiney, Astrid*: Zur Bedeutung der Rechtsprechung des EuGH für Anwendung und Auslegung des Personenfreizügigkeitsabkommens, ZBJV 2005, 1 ff.

- Epiney, Astrid*: Zum „Anwendungsbereich des Vertrages“ in Art. 12 EGV – einige Gedanken zu den Implikationen der Freizügigkeitsrechte der Unionsbürger -, in: Astrid Epiney/Marcel Haag/Andreas Heinemann (Hrsg.), FS Roland Bieber, Baden-Baden 2007, 661 ff.
- Epiney, Astrid*: Zur Bedeutung des Freizügigkeitsabkommens im Amateursport - Anmerkung zu einem Entscheid des Gerichtskreises VIII Bern-Laupen vom 13. Juni 2008 -, AJP 2008 (im Erscheinen).
- Epiney, Astrid*: Von *Akrich* über *Jia* bis *Metock*: zur Anwendbarkeit der gemeinschaftlichen Regeln über den Familiennachzug - Gleichzeitig eine Anmerkung zu EuGH, Rs. C-127/08 (*Metock*), Urt. v. 25.7.2008 -, EuR 2008 (im Erscheinen).
- Epiney, Astrid/Civitella, Tamara*: Zur schweizerischen Rechtsprechung zum Personenfreizügigkeitsabkommen, Jahrbuch für Migrationsrecht 2007/2008, Bern 2008, 227 ff.
- Epiney, Astrid/Felder, Andreas*: Europäischer Wirtschaftsraum und Europäische Gemeinschaft: Parallelen und Divergenzen in Rechtsordnung und Auslegung, ZVglRWiss 2001, 425 ff.
- Epiney, Astrid/Meier, Annekathrin/Mosters, Robert*: Die Kantone zwischen EU-Beitritt und bilateralem Weg: Bewertung ausgewählter europapolitischer Optionen aus rechtlicher Sicht / Les cantons entre adhésion à l'UE et „voie bilatérale“: appréciation d'options sélectionnées de politique européenne du point de vue juridique, in: Konferenz der Kantonsregierungen / Conférence des gouvernements cantonaux (Hrsg. / éd.), Zwischen EU-Beitritt und bilateralem Weg : Überlegungen und Reformbedarf aus kantonaler Sicht / Entre adhésion à l'UE et voie bilatérale: réflexions et besoin de réformes du point de vue des cantons. Expertenberichte im Auftrag der Arbeitsgruppe "Europa – Reformen der Kantone" / Rapports d'experts commandés par le groupe de travail "Europe – Réformes des cantons", Zürich 2006, 77 ff.
- Epiney, Astrid/Mosters, Robert*: Un exemple d'interprétation des accords conclus entre la Suisse et l'Union européenne: l'accord sur la libre circulation des personnes, in: Astrid Epiney/Florence Rivière (Hrsg.), Auslegung und Anwendung von „Integrationsverträgen“. Zur Übernahme des gemeinschaftlichen Besitzstandes durch Drittstaaten, insbesondere die Schweiz, Zürich 2006, 57 ff.
- Epiney, Astrid/Mosters, Robert*: Die Rechtsprechung des EuGH zur Personenfreizügigkeit, Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2006/2007, Zürich, Bern 2007, 2007, 101 ff.
- Epiney, Astrid/Mosters, Robert*: Die Rechtsprechung des EuGH zur Personenfreizügigkeit und ihre Implikationen für die Auslegung des Personenfreizügigkeitsabkommens, Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2007/2008, Zürich, Bern 2008, 55 ff.
- Förster, Philipp*: Die unmittelbare Drittwirkung der Grundfreiheiten, Frankfurt u.a. 2007.

- Ganten, Ted Oliver:* Die Drittwirkung der Grundfreiheiten – Die EG-Grundfreiheiten als Grenze der Handlungs- und Vertragsfreiheit im Verhältnis zwischen Privaten, Berlin 2000.
- Graber, Rasso:* Die unmittelbare Drittwirkung der Grundfreiheiten, München 2002.
- Häfelin, Ulrich/Haller, Walter/Keller, Helen:* Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 7. Aufl., Zürich 2008.
- Hailbronner, Kay:* Freizügigkeit nach EU-Recht und dem bilateralen Abkommen mit der Schweiz über die Freizügigkeit von Personen, EuZ 2003, 48 ff.
- von der Groeben, Hans/Schwarze, Jürgen* (Hrsg.): Kommentar zum Vertrag über die Europäische Union und Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft (EU-/EG-Vertrag), 4 Bde., 6. Aufl., Baden-Baden 2003-2004 (zitiert: von der Groeben/Schwarze-Verfasser).
- Imhof, Edgar:* Das bilaterale Abkommen über den freien Personenverkehr und die soziale Sicherheit, SZS 2000, 22 ff.
- Imhof, Edgar:* Das Freizügigkeitsabkommen EG – Schweiz und seine Auslegungsmethode, ZESAR 2007, 155 ff., 217 ff.
- Kahil-Wolff, Bettina/Mosters, Robert:* Struktur und Anwendung des Freizügigkeitsabkommens Schweiz/EG, in: René Schaffhauser/Christian Schürer (Hrsg.), Die Durchführung des Abkommens EU/CH über die Personenfreizügigkeit (Teil Soziale Sicherheit) in der Schweiz, Sankt Gallen 2001, 12 ff.
- Kälin, Walter:* Das bilaterale Abkommen der Schweiz mit der EG über die Freizügigkeit von Personen, ZAR 2002, 123 ff.
- Kälin, Walter:* Die Bedeutung des Freizügigkeitsabkommens für das Ausländerrecht, in: Thomas Cottier/Matthias Oesch (Hrsg.), Die sektoriellen Abkommen Schweiz – EG, Bern 2002, 11 ff.
- Kilian, Matthias:* Das Abkommen über den freien Personenverkehr zwischen der Europäischen Union und der Schweiz. Neue Betätigungsmöglichkeiten für Europas Rechtsanwälte, ZEuP 2000, 601 ff.
- Klein, Eckart:* Zur Auslegung von völkerrechtlichen Verträgen der Europäischen Gemeinschaft mit Drittstaaten, in: Astrid Epiney/Florence Rivière (Hrsg.), Auslegung von „Integrationsverträgen“. Zur Übernahme des gemeinschaftlichen Besitzstandes durch Drittstaaten, insbesondere die Schweiz, Zürich 2006, 1 ff.
- Martenet, Vincent/Boillet, Véronique:* L'égalité dans les relations entre particuliers et l'Accord sur la libre circulation des personnes, in: Astrid Epiney/Tamara Civitella (Hrsg.), Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2007/2008, Zürich, Bern 2008, 311 ff.
- Mock, Hanspeter/Filliez, Fabrice:* Libre circulation des personnes et regroupement familial: à propos de la prise en compte de la jurisprudence de la Cour de Luxembourg par le Tribunal fédéral, SZIER 2006, 237 ff.

- Odendahl, Kerstin*: Originäre Rechte von Drittstaatsangehörigen auf Zugang zu den Hochschulen in der EG?, in: Astrid Epiney/Andrea Egbuna-Joss/Markus Wyssling (Hrsg.), Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2005/2006, Zürich, Bern 2006, 347 ff.
- Ott, Andrea*: Die anerkannte Rechtsfortbildung des EuGH als Teil des gemeinschaftlichen Besitzstandes (*Acquis communautaire*), EuZW 2000, 293 ff.
- Peers, Steve*: The EC-Switzerland Agreement on Free Movement of Persons: overview and Analysis, European Journal of Migration and Law 2000, 127 ff.
- Preedy, Kara*: Die Bindung Privater an die europäischen Grundfreiheiten – zur sogenannten Drittwirkung im Europarecht, Berlin 2005.
- Quirling, Christian*: Die Nach-Bosman-Ära. Ordnungsgemässe Umsetzung der gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben im österreichischen und deutschen Verbandsrecht am Beispiel des Fussballsports, Frankfurt u.a. 2005.
- Schwarze, Jürgen* (Hrsg.): EU-Kommentar, Baden-Baden 2000 (zitiert: Schwarze-Verfasser, EU-Kommentar).
- Seyr, Sibylle*: Der *effet utile* in der Rechtsprechung des EuGH, Berlin 2008.
- Streinz, Rudolf* (Hrsg.): EUV / EGV, Kommentar zum Vertrag über die Europäische Union und zum Vertrag zur Gründung der europäischen Gemeinschaft, München 2003 (zitiert: Streinz-Verfasser).
- Vitzthum, Wolfgang Graf* (Hrsg.), Völkerrecht, 4. Aufl., Berlin 2007 (zitiert: Graf Vitzthum-Verfasser).
- Waldmann, Bernhard*: Das Diskriminierungsverbot von Art. 8 Abs. 2 BV als besonderer Gleichheitssatz, unter besonderer Berücksichtigung der völkerrechtlichen Diskriminierungsverbote einerseits und der Rechtslage in den USA, in Deutschland, Frankreich sowie im europäischen Gemeinschaftsrecht andererseits, Bern 2003.
- Waldmann, Bernhard*: Nationalitätsbedingte Erhöhung der Autoversicherungsprämien, in: HAVE 1/2007, 65 ff. (=Jusletter vom 22.1.2007).
- Wüger, Daniel*: Anwendbarkeit und Umsetzung der Bilateralen Verträge II, Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2004/2005, Bern/Zürich 2005, 287 ff.

Abkürzungen

AJP	Aktuelle Juristische Praxis
Aufl.	Auflage
ABl.	Amtsblatt der Europäischen Union (bis 1.2.2002: Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften)
Abs.	Absatz
Art.	Artikel
Bd.	Band
Bde.	Bände
bzw.	beziehungsweise
CDE	Cahiers de droit européen
d.h.	das heisst
EGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft
EuGH	Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften
EuR	Europarecht (Zeitschrift)
EUV	Vertrag über die Europäische Union
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
EWS	Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht
f./ff.	folgende
FS	Festschrift
FZA	Freizügigkeitsabkommen
GA	Generalanwalt
ggf.	gegebenenfalls
HAVE	Haftung und Versicherung (Zeitschrift)
Hrsg.	Herausgeber
i.e.S.	im engeren Sinne
i.S.	im Sinne
i.V.m.	in Verbindung mit
i.w.S.	im weiteren Sinne
KOM	Dokumente der Europäischen Kommission
lit.	litera
m.a.W.	mit anderen Worten
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
Nr.	Nummer

RDUE	Revue du Droit de l'Union Européenne
RL	Richtlinie
Rn.	Randnummer
Rs.	Rechtssache
s.	siehe
SJER	Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht
Slg.	Sammlung der Rechtsprechung des EuGH
s.o.	siehe oben
sog.	sogenannt
SZIER	Schweizerische Zeitschrift für Internationales und Europäisches Recht
SZS	Schweizerische Zeitschrift für Sozialversicherung und berufliche Vorsorge
u.a.	unter anderem
UA	Unterabsatz
vgl.	vergleiche
WVK	Wiener Vertragsrechtskonvention
ZAR	Zeitschrift für Ausländerrecht
z.B.	zum Beispiel
ZBJV	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins
ZESAR	Zeitschrift für europäisches Arbeits- und Sozialrecht
ZEuP	Zeitschrift für europäisches Privatrecht
Ziff.	Ziffer
ZVglRWiss	Zeitschrift für Vergleichende Rechtswissenschaft